

Universidad Autónoma de Madrid
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica

LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD EN LOS SISTEMAS PENALES DE ESPAÑA Y BRASIL

**(A PENA DE TRABALHOS EM BENEFICIO DA COMUNIDADE
NOS SISTEMAS PENAIS DE ESPANHA E BRASIL)**

Memoria de Tesis Doctoral presentada por el licenciado

Marcelo Nunes Apolinário

para la obtención del grado de Doctor en Derecho.

Director:

Prof. Dr. Dr. h.c. Manuel Cancio Meliá

Catedrático de Derecho penal

Madrid, 2010

Dedicatória

Aos meus pais e ao meu avô Ayres.

Ao professor Manuel Cancio Meliá.

Aos meus amigos.

Aos lutadores inconformados de cada dia.

Agradecimentos

Agradeço primeiramente ao Professor Manuel Cancio Meliá pela orientação, dedicação, paciência e companherismo.

Aos professores e funcionários do Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica da Universidad Autónoma de Madrid.

À equipe de bibliotecárias da Universidad Autónoma de Madrid, pela valiosa colaboração na investigação realizada.

Aos amigos do doutorado e demais amizades conquistadas ao longo desse período vivido em Madrid, companheiros de vida acadêmica e social, que tornaram os tempos de doutorado gravado nas melhores memórias que guardo comigo.

Aos meus familiares, apoiadores incansáveis durante todo o período do doutorado.

Ao professor Paulo Lessa da Universidade Federal do Rio Grande pelo incentivo inicial.

“Quando tínhamos todas as respostas, mudaram as perguntas”.

EDUARDO GALEANO

As palavras andantes.

“O fim das penas não é outro senão impedir o réu de causar novos danos a seus cidadãos e de movê-lo de praticar outros iguais. As penas, portanto, e o método de infringi-las devem ser escolhidos de modo que, guardando as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos homens, e a menos penosa no corpo do réu”.

CESARE BECCARIA

Dos delitos e das penas.

“Que vai fazer agora o governo? Vai demitir o administrador da Casa de Detenção? Daqui a pouco será obrigado a demitir o cidadão que o substituir, e as coisas continuarão no mesmo pé – porque a causa dos abusos não reside na incapacidade de um funcionário, mas num vício essencial do sistema, num defeito orgânico do aparelho penitenciário. E não há de ser a demissão de um administrador que há de consertar o que já nasceu torto e quebrado”.

OLAVO BILAC

Poeta brasileiro.

Abreviaturas

AC/RS	Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
ADPCP	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales</i>
AHDE	<i>Anuario de Historia del Derecho Español</i>
Ajuris	Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul
AP	<i>Actualidad Penal</i>
BLR	<i>Buffalo Law Review</i>
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
CENAPA	Centro Nacional de Apoio e Acompanhamento as Penas e Medidas Alternativas
CNAPMA	Comissão Nacional de Apoio as Penas e Medidas Alternativas
CNPA	Central Nacional de Penas Alternativas
CJ	<i>Cuadernos Jurídicos</i>
CGPJ	<i>Consejo General del Poder Judicial</i>
CPC	<i>Cuadernos de Política criminal</i>
Crim. L.R	<i>Criminal Law Review</i>
Des.	Desembargador de justiça
DP	<i>Doctrina Penal</i>
EPB	<i>Enciclopedia Penal Básica</i>
GP	Grupo Parlamentar
ICADE	<i>Revista de las facultades de derecho y ciencias económicas e empresariales (Universidad Pontifica de Comillas, Madrid)</i>

ILANUD	Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a prevenção do delito e tratamento do delinquente
Infopen	Informações Penitenciárias
JpD	Jueces para la democracia
LEP	Lei de execução penal
LO	<i>Ley Orgánica</i>
LOGP	<i>Ley Orgánica General Penitenciaria</i>
LH	<i>Libro Homenaje</i>
MJ	Ministério da Justiça
NJ	<i>Noticias Jurídicas</i>
PJ	<i>Poder Judicial</i>
PPU	<i>Promociones e Publicaciones Universitárias</i>
RATBS	<i>Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social</i>
RBCC	Revista Brasileira de Ciências Criminais
RCS	Revista de Ciencias sociales
REIC	<i>Revista Española de Investigación Criminológica</i>
RGD	<i>Revista General del Derecho</i>
RPC	<i>Revista Poder y Control</i>
RDPC	<i>Revista de Derecho Penal y Criminología</i>
RDPetC	<i>Revue de Droit penal et criminologie</i>
RdPP	<i>Revista de Derecho y Proceso Penal</i>
REP	<i>Revista de Estudios Penitenciarios</i>
RP	Revista Penal
RIDPP	<i>Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale</i>
RSP	Revista de Sociologia Política
RT	Revista dos Tribunais

SAP	Secretaria de Estado da Administração Penitenciária
SERT	Secretaria do Emprego e Relações do Trabalho do Estado de São Paulo
SJ	Secretaria da Justiça
SNJ	Secretaria Nacional de Justiça
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> , Código penal alemão
Vol.	Volume

Índice

Introducción.....	01
--------------------------	-----------

§ 1. Gêneses das penas de trabalhos em benefício da comunidade no contexto do Direito penal.....	05
---	-----------

I. <u>Introdução.....</u>	05
II. <u>O trabalho penal e a possível vinculação do trabalho em benefício da comunidade nos distintos períodos históricos.....</u>	08
A. No Direito Romano.....	09
B. Na Idade Média.....	10
C. Na Idade Moderna.....	11
1. Galés	12
2. O trabalho nas minas de <i>Almadén</i>	14
3. Presídios peninsulares e africanos	15
4. Condenação a armas	17
5. Presídios e arsenais	18
6. Obras públicas	19
7. Casas de correção	20
D. No século XIX.....	23
E. Síntese conclusiva: Comparações entre o trabalho penal histórico com os atuais trabalhos em benefício da comunidade.....	26
1. Apontamentos sobre o elemento trabalho nas contemporâneas penas de trabalhos em benefício da comunidade.....	26
2. Aspectos fundamentais do trabalho penal histórico.....	29

III.	<u>A aparição da pena de trabalhos em benefício da comunidade no âmbito do Direito penal moderno.....</u>	32
A.	O surgimento de uma nova forma alternativa de punição.....	32
1.	Do declínio da pena de prisão ao surgimento das penas alternativas no contexto do Direito penal.....	33
2.	O discurso oficial das penas alternativas como opção político-criminal de desprisonalização.....	39
B.	Introdução dos trabalhos em benefício da comunidade na história das penas alternativas à prisão.....	44
1.	No contexto anglo-saxónico.....	44
2.	No modelo continental.....	46
C.	Expansão das <i>community sanctions</i> no Direito comparado.....	50
1.	O reconhecimento da pena em resoluções Internacionais.....	50
2.	Difusão da pena a partir dos anos 70 em alguns ordenamentos jurídicos.....	52
3.	Introdução da sanção nos ordenamentos jurídicos de Espanha e Brasil.....	57
4.	Alguns pontos de partida.....	70

§ 2. Fundamentos e justificativas dos trabalhos em benefício da comunidade conforme as teorias da pena.....72

I.	<u>Justificativa da pena.....</u>	72
A.	Introdução.....	72
B.	A necessidade de justificar as penas.....	74
C.	O fundamento dos trabalhos em benefício da comunidade no ordenamento punitivo.....	77
II.	<u>Teorias retributivas.....</u>	79
A.	O retribucionismo clássico.....	79
B.	O novo retribucionismo anglo-saxónico.....	82

C.	A pena de trabalhos em benefício da comunidade e os pressupostos retribucionistas.....	90
III.	<u>Teorias preventivas da pena</u>	94
A.	Prevenção geral.....	95
1.	Prevenção geral negativa.....	95
2.	Prevenção geral positiva.....	100
B.	A prevenção especial.....	107
1.	A prevenção especial negativa.....	107
2.	A prevenção especial positiva.....	110
IV.	<u>Teorias unificadoras</u>	119
V.	<u>A justiça restaurativa e a pena de trabalhos em benefício da comunidade</u>	122
A.	Introdução.....	122
B.	Os trabalhos em benefício da comunidade como instrumento de reparação no modelo de Direito penal tradicional.....	125
C.	Os trabalhos em benefício da comunidade no âmbito da justiça Restaurativa.....	130
VI.	<u>Conclusões</u>	133

§ 3. Elementos fundamentais para a aplicação da sanção de trabalhos em benefício da comunidade em Espanha e Brasil.....137

I.	<u>Introdução</u>	137
II.	<u>Natureza da sanção e localização sistemática no Código penal</u>	138
III.	<u>Análise dos requisitos legais</u>	142
A.	O consentimento do condenado.....	142

1.	A necessidade de prestar o consentimento.....	144
2.	Alcance do consentimento.....	149
B.	Respeito à dignidade do condenado.....	155
C.	A prestação.....	158
1.	O caráter não econômico da prestação.....	159
2.	Não subordinação da pena de trabalhos em benefício da comunidade ao logro de interesses econômicos.....	162
3.	A utilidade pública da prestação.....	164
a)	Entidades que se devem prestar os serviços.....	167
D.	Aptidões do condenado.....	170
IV.	<u>A coordenação entre o Poder judiciário e instituições assistenciais: estrutura e condições.....</u>	172
V.	<u>Breves conclusões.....</u>	179

§ 4. Âmbito de aplicação nos ordenamentos Espanhol e Brasileiro.....181

I.	<u>Introdução.....</u>	181
II.	<u>Os trabalhos em benefício da comunidade como pena principal no ordenamento penal espanhol.....</u>	183
A.	A previsão dos trabalhos em benefício da comunidade como sanção alternativa principal.....	187
B.	Os tipos cominados com trabalhos em benefício da comunidade no Código penal espanhol.....	190
1.	Valoração da regulação.....	200
III.	<u>Como pena substitutiva em ambos os ordenamentos jurídicos.....</u>	201
A.	Regulação.....	202

B.	Outras esferas de aplicação no contexto jurídico brasileiro: Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e Crimes Ambientais (Lei 9.605/98).....	205
C.	Como forma de cumprimento da responsabilidade pessoal pelo não pagamento da multa em Espanha	209
D.	A substituição obrigatória na Espanha	215
E.	Análise comparada	216
1.	Critérios materiais para a substituição da prisão por trabalhos em benefício da comunidade na Espanha.....	220
2.	Critérios processuais para a substituição da pena de prisão por trabalhos em benefício da comunidade na Espanha.....	221
3.	Critério temporal de substituição no ordenamento espanhol.....	222
4.	Critérios para a substituição relacionados à violência de gênero na Espanha.....	225
5.	Critério jurisdicional.....	227
6.	Os trabalhos em benefício da comunidade aplicados em programas específicos de reeducação e tratamento psicológico.....	230
7.	Os trabalhos em benefício da comunidade como pena substituta das penas de prisão inferiores a três meses.....	231
8.	Critérios de substituição objetivos no Brasil.....	231
9.	Critérios de substituição subjetivos no Brasil.....	234

§ 5. A execução dos trabalhos em benefício da comunidade na Espanha e no Brasil.....237

I.	<u>Introdução</u>	237
II.	<u>Seleção da atividade a ser prestada</u>	241
A.	A entrevista do condenado.....	241
B.	A aceitação do trabalho pelo juízo da execução.....	246
C.	A possibilidade de o condenado propor a atividade.....	247
D.	Valoração.....	251

III.	<u>Duração da pena</u>	252
A.	Regulação.....	252
B.	Limitações do artigo 33 do Código penal espanhol.....	255
C.	Problemas na aplicação dos trabalhos em benefício da comunidade como pena substitutiva no ordenamento espanhol.....	257
D.	A duração da jornada de trabalho.....	259
1.	Determinação da jornada de trabalho.....	259
2.	O princípio de flexibilidade na execução da pena.....	264
3.	A atribuição do limite de aplicação à pena superior a seis meses no Brasil.....	267
IV.	<u>Controles judiciais e administrativos de execução</u>	269
A.	Funções de supervisão destinadas às entidades.....	271
B.	Funções de supervisão destinadas aos Serviços Sociais Penitenciários.....	272
C.	Funções de controle destinadas ao Poder judiciário.....	274
D.	Valoração.....	276
V.	<u>Regime de descumprimento da pena em Espanha e Brasil</u>	278
A.	Circunstâncias do descumprimento.....	278
B.	Consequências do descumprimento.....	284
C.	Valoração.....	291
VI.	<u>Os Direitos laborais em matéria de seguridade social e de prevenção de riscos laborais</u>	294

§ 6. Avaliando a experiência da sanção de trabalhos em benefício da comunidade.....299

I.	<u>Introdução</u>	299
II.	<u>Perfil sócioeconômico e demográfico dos prestadores</u>	300
A.	Sexo.....	300
B.	Faixa etária.....	301

C.	Grau de instrução.....	302
D.	Religião.....	303
E.	Raça.....	304
F.	Situação laboral no momento do cumprimento da pena.....	304
III.	<u>Perfil criminal dos prestadores</u>	305
A.	Espécies de delitos praticados.....	305
IV.	<u>Avaliação dada pelos prestadores</u>	306
A.	Com relação a sanção mais adequada a ser imposta em certos casos.....	306
B.	Se a aplicação é justa ou injusta.....	307
C.	Relação no ambiente onde se executa a pena.....	308
V.	<u>A experiência brasileira sobre execução de penas alternativas: Investigação do ILANUD Brasil</u>	309
A.	O cumprimento das atividades no local de trabalho.....	309
B.	Fiscalização da atividade.....	310
C.	Valoração.....	311

§ 7. Recapitulação, reflexões e propostas político criminais sobre a aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade.....312

I.	<u>Introdução</u>	312
II.	<u>Análise da experiência aplicativa da pena nos ordenamentos de Espanha e Brasil</u>	312
A.	Influência da sanção de trabalhos em benefício da comunidade na aplicação da prisão.....	315
1.	O contexto espanhol.....	316
2.	A experiência brasileira.....	318
3.	Síntese conclusiva.....	322

B.	Implementação de um sistema penal variado.....	322
C.	Novas perspectivas nos fins da pena.....	322
III.	<u>Análise sobre o novo contexto aplicativo da pena de trabalhos em benefício da comunidade resultante das reformas legislativas de 2003 e 2004 em Espanha e 1998 no Brasil.....</u>	324
IV.	<u>Propostas para uma melhor aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade nos ordenamentos jurídicos de Espanha e Brasil.....</u>	329
A.	Propostas <i>de lege ferenda</i> para a ampliação no contexto de aplicação como pena substituta.....	331
1.	A pena de trabalhos em benefício da comunidade como sanção substituta da pena de localização permanente em Espanha.....	332
2.	Ampliação do marco para a substituição da prisão na Espanha e no Brasil.....	333
3.	A pena de trabalhos em benefício da comunidade como substitutiva da multa.....	335
B.	Propostas <i>de lege ferenda</i> para a ampliação no contexto de aplicação como pena principal.....	336
	Consideraciones finales.....	342
	Bibliografía citada.....	350

Introducción

El contexto en el cual se encuentra el elenco de penas alternativas a la prisión, del cual forma parte la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, queda determinado en la actualidad por tres factores. En *primer lugar*, por la constante producción normativa en materia penal, que deriva de la incapacidad de los Estados y de las sociedades modernas para atender, partiendo de otros sectores del ordenamiento jurídico, las nuevas tensiones sociales que van surgiendo. De este modo, la ampliación del recurso al Derecho penal genera un incremento en la utilización de la pena privativa de libertad, consecuencia que viene siendo justificada como una necesidad, como “*una exigencia no deseada, pero imprescindible*”, que no se debe rechazar, para que se garantice la seguridad de los ciudadanos. En *segundo lugar*, se percibe una clara contradicción entre la ampliación del catálogo de penas alternativas y el hecho de que las prisiones están superpobladas. Así, no son recientes las dificultades que la Administración Penitenciaria encuentra para cumplir con sus tareas y las responsabilidades propias y concretas ante una cantidad creciente de encarcelados. Junto a ese fenómeno, destacan los problemas de relación con el sistema normativo-social para el penado, la falta de recursos materiales, la escasez de trabajos para los condenados, el efecto sobre la idiosincrasia del individuo encarcelado, la cuestión sexual, la ruptura total con la sociedad, la desocupación y el contacto con el crimen organizado que, en general, son elementos cotidianos de los encarcelados. En *tercer lugar*, la creación de sanciones alternativas a la pena privativa de libertad, se dice, puede suponer un gran ahorro presupuestario al Estado, pues se suele afirmar que hay un mayor costo de mantenimiento de los establecimientos cerrados frente las opciones alternativas.¹

Aunque hoy domine el discurso supremo de seguridad y de *Ley y orden*, resulta indispensable orientar la investigación científica en dirección a las nuevas formas de concretar la justicia penal que requieren la introducción de nuevas propuestas. Se trata, por un lado, de proporcionar nuevos caminos a aquellos que infringieron las

¹ Vid. YOUNG, *Community service orders*, pp. 04 e ss.

INTRODUCCIÓN

reglas del ordenamiento al haber cometido un delito o una falta, sin que tengan que enfrentar el ingreso en prisión. Por otro, resulta igualmente importante crear nuevas formas penales que no se agoten en el castigo al condenado, sino que orienten su atención hacia otros fines-objetivos, como las víctimas del delito y las nuevas formas de rehabilitación concebidas en el ámbito de la comunidad, desvinculadas de los procesos desarrollados en los establecimientos penitenciarios.

En ese sentido, la pena de trabajos en beneficios de la comunidad forma parte, en gran medida, de las opciones mencionadas anteriormente, y constituye, en ese panorama, un elemento muy significativo de los sistemas penales de España y Brasil. Ese interés específico se basa, en *primer lugar*, en el hecho de que se trata (todavía) de una *novedad* penal, institucionalizada en el Código penal español de 1995, y que recibió importantes impulsos en razón de las reformas legislativas hechas el año 2003, de modo paralelo a lo que sucede en el ordenamiento jurídico brasileño, en el que la sanción fue introducida al Código penal por la Ley 9.714/98. Por otro lado, el interés que suscita esta pena también estriba en el hecho de que todo el debate sobre ella se envuelve en los discursos alternativos vinculados a la política de *Ley y orden*, tanto desde la perspectiva de los postulados de la justicia restaurativa, como de los postulados atinentes a los tratamientos de reinserción social. A la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se le atribuyen algunos efectos específicos positivos, en especial, aquellos dirigidos a las posibilidades de focalizar la prestación que se le impone al condenado como forma de reparación del daño que su conducta infractora ha generado, además de servir como un camino que favorezca su recuperación social.

Según disponen los artículos 49 del Código penal español y 46 del Código penal brasileño, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad *obliga* al condenado a prestar su cooperación, sin recibir retribución económica, en determinadas tareas de utilidad pública y social, sin privarle de libertad al individuo, pues su intención no es alojar al condenado en otro ambiente, así como no afecta, como la multa, a los ingresos financieros del condenado, pues éste puede seguir con su actividad laboral habitual y garantizar, de esa manera, su subsistencia y la de los que depende de él.

INTRODUCCIÓN

En esta investigación se pretende analizar los orígenes y el fundamento de dichas penas contemporáneas; se pretende estudiar la normativa legal establecida en los ordenamientos jurídicos de España y Brasil, así como su ámbito de aplicación y ejecución en esos sistemas penales.

De ese modo, en el § 1 se intentará ubicar históricamente el surgimiento de ese tipo de pena, partiendo de sus principales elementos constitutivos: la obligación de trabajar que comporta, la privación del ocio, su desarrollo en la comunidad y su condición de pena alternativa a la cárcel. Cabe esperar que algunas de las conclusiones puedan contribuir a aclarar el concepto de esta sanción, así como su posición en el sistema de penas. Se abordará también su extensión en algunos países importantes y, con más detalle, su proceso de introducción en los ordenamientos de España y Brasil y los cambios que sus reglas han sufrido.

El § 2 constituye una revisión de los objetivos de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Sin pretensión alguna de ofrecer una revisión en profundidad de las *teorías de la pena*, se abre el debate acerca de los efectos retributivos y preventivos de la pena, en lo que afecta a la naturaleza y las circunstancias aplicativas de la sanción de trabajos en beneficio de la comunidad.

En el § 3 se analizará la naturaleza de los trabajos en beneficio de la comunidad en los ordenamientos jurídicos de España y Brasil, y también las *principales características* de esa sanción, es decir, aquellos condicionamientos normativos que la definen. En este sentido, se estudia el requerimiento de obtener el consentimiento del condenado, el respeto necesario a la dignidad del individuo penado, así como los principales elementos de la prestación que debe desarrollar el condenado y que constituye el contenido de la pena.

En el § 4 se pretende analizar la *regulación* relativa al *ámbito de aplicación* de la pena de trabajos en beneficios de la comunidad en los ordenamientos jurídicos de

INTRODUCCIÓN

España y Brasil y, muy especialmente las nuevas posibilidades de aplicación que resultaron de las reformas hechas en 2003 en España.

En el § 5, la investigación pretende analizar el ámbito *ejecutivo* de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en los dos ordenamientos jurídicos. Se propone estudiar los criterios atinentes a la selección de la actividad que será prestada por el condenado, la duración de la pena y de la jornada de trabajo, así como los controles judiciales y administrativos de ejecución y las circunstancias que rigen el régimen de desobediencia de la pena, tanto en España como en Brasil.

En el § 6 se pretende analizar la experiencia aplicativa de la pena en los ordenamientos jurídicos de España y Brasil, utilizando sobre todo la base de datos de la *Subdirecció General de Medi i Mesures Alternatives del Departament de Justícia de la Generalitat* de Catalunya y los datos reunidos por la investigación del ILANUD Brasil con respecto a la aplicación de la pena de prestación de servicios a la comunidad en el país.

Por fin, el § 7 recurre a las reflexiones principales recogidas y generadas en los capítulos anteriores y aborda la elaboración de algunas propuestas de índole *político criminal*, encaminadas a una mejor aplicación de la pena, con el fin de atribuir una verdadera función a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, así como proyectar algunas propuestas que puedan contribuir con la consolidación en los sistemas penales de los dos países.

§ 1. Gêneses das penas de trabalhos comunitários no contexto do Direito penal

I. Introdução

A história da contemporânea pena de trabalhos comunitários foi abordada fundamentalmente sob três enfoques.² O primeiro, consiste em vincular o trabalho comunitário com a *história do trabalho penal*, em que os trabalhos de natureza forçada possuem especial importância, e dessa forma considerar que se trata de uma nova versão aceitável dos mesmos. Esta tendência foi seguida inicialmente no *Reino Unido* por PEASE/MCWILLIAMS³ e VASS⁴. Esta larga trajetória da pena de trabalho comunitário parece assumir que o traço principal desta pena é o castigo mediante a exploração do trabalho: o trabalho por si só passa a ser o castigo, o que sucede evidentemente quando o tipo de trabalho a ser realizado resulta fisicamente doloroso, ou mais exigente que a atividade laboral que normalmente realizaria o próprio apenado. Portanto, essa longa trajetória dos trabalhos comunitários persegue o passado em busca das modalidades que o trabalho como castigo adotou, geralmente alcançando continuidades atreladas entre si por um desenvolvimento que leva a castigos menos degradantes e conseqüentemente, mais civilizados, e será essa *escassa* degradação que se destacará dentre às características que distinguem a forma atual do trabalho comunitário de outras figuras anteriores.

PEASE/MCWILLIAMS percebem na pena de *impressment*, similar a condena a armas de fogo fora do âmbito prisional aplicada na Espanha em pleno século XVIII, algumas características que fundamentalmente a converte na grande percussora da

² BLAY GIL, *La pena de trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 11.

³ PEASE/MCWILLIAMS, em: PEASE/MCWILLIAMS, *Community service by order*, p. 01.

⁴ VASS, *Sentenced to labour*, *passim*.

moderna pena de *community service*.⁵ Isso os leva a crer que a *community service* passa a ser uma novidade única no *moderno contexto* do Direito penal em questões de detalhes, uma vez que se trata de uma pena em que o trabalho é a única obrigação, se mensura em horas de trabalho e requer o consentimento do apenado. De modo que a sua originalidade está bastante restrita. A tradição de destinar apenados ao serviço público tem uma larga história e não sempre distinta.⁶

Um *segundo* enfoque para compreender os antecedentes das contemporâneas penas de trabalhos comunitários é a proposta elaborada por KALMTHOUT/TAK em que apontam a existência de alguns exemplos de castigos baseados no trabalho de utilidade social (geral) como forma de suprir a privação de liberdade pela *falta* de pagamento da multa em países como Alemanha e Suíça nos períodos da Idade Média e Idade Moderna, aparecendo como pena principal a partir do século XVII em outros países.⁷ Porém, apesar desses exemplos, foi a partir de meados do século XIX que os estudiosos do Direito penal começaram a se interessar por essa modalidade de pena, ainda que em relação a sua efetiva aplicação as propostas não foram efetivamente desenvolvidas nessa época. Quando em finais dos anos 60 e início dos 70 do passado século (XX) a redução do uso da prisão de curta duração se converteu em um tema *central* da política criminal na Europa ocidental, produzindo-se nesse sentido, a reparação da pena de trabalhos comunitários como uma alternativa possível no “novo” contexto do Direito penal.⁸ Assim, conforme os autores, as atuais penas de trabalhos comunitários representam uma versão moderna das propostas conferidas no

⁵ Os autores destacam o paralelismo existente entre o relatório da Comissão designada pela rainha Elisabeth no ano de 1602 dispondo o destino às armas dos sujeitos não condenados por assassinatos, violação ou roubo, oportuno para a sociedade em razão da suposta correção dos penados, com o informe *Wooton* escrito quase quatrocentos anos depois daquele relatório. Os autores também observam a objeção em relação à falta de um elemento consensual que acaba por distinguir essencialmente os dois tipos de penas, demonstrando alguns exemplos de que o *impressment* era uma opção que tinha o apenado e que era uma pena indeterminada enquanto a *community service* possui claramente um tempo de cumprimento determinado. PEASE/MCWILLIAMS, op. cit., pp. 02 e 03.

⁶ PEASE/MCWILLIAMS, op. cit., p. 05. No mesmo sentido, ainda que sem desenvolver detalhadamente o assunto WORRAL, *Punishment in the community: the future of criminal justice*, p. 90.

⁷ KALMTHOUT/TAK, *Sanction Systems in the Member States of the Council of Europe*, pp. 11 e 12.

⁸ KALMTHOUT/TAK, op. cit., p. 14; BLAY GIL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p.12.

século XIX, com as que guardam uma particular vinculação tanto por fins políticos criminais que as inspiram como nos singelos detalhes de sua regulação.⁹

Por último, um *terceiro* enfoque para se abordar a história das contemporâneas penas de trabalhos comunitários é o entendimento elaborado por KILCOMMINS. Este autor parte do pressuposto de que a história da pena de trabalhos comunitários é muito mais *complexa* que a simples ordenação de uma sequência cronológica de castigos penais baseados no trabalho. Ao contrário, sustenta que o real castigo de trabalhos comunitários se fundamenta em um conjunto concreto de práticas penais, políticas, culturais, sociais e econômicas e que por mais que possa haver tido um longínquo passado no sentido de que as penas recepcionaram o trabalho desde os tempos remotos, tem uma história precoce no sentido de que foi impulsionada por um conjunto específico e estreito de estratégias penais, agências e técnicas que convertem em *anacrônica* qualquer comparação entre os trabalhos comunitários e práticas penais que envolveram o trabalho em outros tempos ou inclusive as propostas instauradas no século XIX de emprego do trabalho de utilidade pública como alternativa as penas curtas de prisão.¹⁰

Com a intenção de não prejudicar estes três enfoques abordados por respeitados autores que buscaram compreender a fundo a gênese da sanção objeto de análise, se pretende, nesse capítulo, desmembrar as substâncias que configuram a pena e buscar situá-las historicamente cada uma delas.

A estas circunstâncias e pretendendo-se desde já considerar os principais traços que podem definir as contemporâneas penas de trabalhos comunitários como uma pena alternativa à prisão, se parte do princípio que são:

1. Uma pena que impõe a *obrigação* de trabalhar; portanto deve verificar-se a possível relação de esta pena com outras formas de trabalho penal.

⁹ KALMTHOUT/TAK, op. cit., p. 15.

¹⁰ KILCOMMINS, *The introduction of community service orders*, p. xvi; BLAY GIL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p.12.

2. Uma pena cumprida em liberdade que se impõe pela obrigação de trabalhar em *tempo livre*, sem remuneração e em benefício da comunidade; dessa forma se pretende verificar as funções outorgadas à comunidade na execução dessa pena.

3. Trata-se de uma pena que busca *evitar* os elementos estigmatizantes da pena privativa de liberdade; a origem da pena de trabalhos em benefício da comunidade estará vinculada ao surgimento das penas alternativas.

Assim, num primeiro momento se pretende levar a cabo esta tarefa, ainda que sem esgotar os diversos enlaces que envolvem a temática. Num segundo momento se pretende recapitular, seguindo uma ordem cronológica, a expansão do trabalho comunitário como pena alternativa numa perspectiva brevemente comparada, e por fim, se prestará atenção a sua introdução e evolução nos ordenamentos penais de Espanha e Brasil.

II. O trabalho penal e a possível vinculação do trabalho em benefício da comunidade nos distintos períodos históricos

O conteúdo punitivo das penas de trabalhos comunitários está constituído pela privação do tempo livre, pela falta de remuneração pela atividade realizada e pela limitação de movimentos durante o período em que o trabalho deve ser executado¹¹, além de uma imposição a uma obrigação de trabalhar. Esse conteúdo aflitivo pode ser mensurado em *horas* de trabalho ou em *dias* ou *jornadas* de trabalho.

Sobre a vinculação com o conteúdo trabalho e no contexto de um capítulo que envolve precipuamente elementos históricos de análises, se faz necessário questionar a *possível* relação entre a pena de trabalho em benefício da comunidade e anteriores formas de execução de trabalho no âmbito do Direito penal,¹² podendo-se identificar

¹¹ VON HIRSCH, Crim.L.R, 275 (1998), pp. 565 e ss.

¹² Não se buscará aqui compreender a possível relação entre a pena de trabalho comunitário e o trabalho penitenciário, uma vez ser este uma consequência do regime de cumprimento de uma pena de

em caso afirmativo, antecedentes históricos que vão desde a Antiguidade Clássica até os tempos atuais. Este, contudo, é o questionamento que se tentará responder nas seguintes páginas.

Seria possível compilar diversos dados ou elaborar diversas histórias sobre o trabalho penal em graus altíssimos de informação e conhecimento, utilizando modelos teóricos como aqueles propostos e que se pode entender serem os expoentes máximos da doutrina que trata dessa temática¹³. No entanto, não se pretende esboçar uma evolução histórica do trabalho penal, senão verificar especificamente o conteúdo de instituições e práticas penais concretas para observar se há ou não semelhanças que permitam identificar antecedentes e preordenar seqüências. Por isso dispensa-se uma discussão historiográfica de caráter geral e de profundidade acerca da cronologia e particular desenvolvimento das penas, para que seja possível centrar-se nas suas principais características.

A. No Direito Romano

Surgiram nesse período, diversas formas de trabalho que obrigavam os condenados a trabalhar em minas e a prestar serviços de caráter temporal, bem como a perpetuidade.¹⁴ A pena nas minas, aplicável apenas a sujeitos de classes inferiores, era considerada a *mais grave* depois da pena de morte e ao condenado, que praticava seu trabalho acorrentado e sob vigilância militar, aplicavam-se também, castigos corporais muito similares aos que se aplicavam aos escravos. Por outro lado, a pena de trabalhos públicos tinha natureza de pena temporal e obrigava o condenado a executar tarefas similares aos que habitualmente se confiava aos serventes, como por exemplo, à limpeza de ruas, serviços de barbearias e trabalhos nos fornos de pães

prisão, e não o conteúdo principal da pena que se propõe estudar. Por isso, se optou por eleger institutos nos quais, ainda que haja inúmeras discussões, o elemento trabalho ocupa uma posição central no contexto punitivo.

¹³ Entre esses se atribui os modelos teóricos propostos por FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, pp. 139 e ss; RUSCHE/KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social*, pp. 24 e ss; MELOSSI/PAVARINI, *Cárcel y fábrica*, pp. 32 e ss.

¹⁴ MOMMSEN, *El Derecho Penal Romano*, p. 585.

públicos. Por sua parte, as mulheres estavam obrigadas a cumprir a pena nos ateliês de tecidos imperiais.¹⁵

Em todas as situações, os apenados estavam acorrentados e perdiam sua liberdade enquanto cumpriam o trabalho de *extraordinária dureza* em benefício do Estado, considerando-se em muitos casos, autênticas condenações à morte, uma vez que os apenados não agüentavam a rigidez na execução da atividade que deveria ser prestada.¹⁶

A pena de trabalhos públicos era considerada de *menor gravidade* se comparada com a pena de exploração de minas, e consistia no desempenho forçado de atividades que normalmente desempenhavam os servos. Impunha-se a indivíduos livres e de baixo poder aquisitivo.¹⁷ Quando imposta em sua forma mais severa, privando o apenado de sua liberdade e de sua cidadania reduzindo-o a escravo penal, era classificada como pena capital, junto com a morte e o exílio e não como privação da liberdade de natureza punitiva.¹⁸

B. Na Idade Média

Durante o período considerado *Alta Idade Média* (séculos VII – X) as penas mais utilizadas foram as penas pecuniárias, que paulatinamente foram substituídas durante a *Baixa Idade Média* (séculos XI – XV) pelas penas corporais e de morte.¹⁹ No entanto, o Direito canônico da época determinou à Igreja que buscasse outros mecanismos para evitar o derramamento de sangue em demasia. Esse detalhe

¹⁵ MOMMSEN, op. cit., p. 395.

¹⁶ SELLIN, REP 174 (1966), pp. 509 e 510.

¹⁷ MOMMSEN, op. cit., p. 395.

¹⁸ SELLIN, op. cit., 510.

¹⁹ Cf. PIKE, *Penal servitude in early modern Spain*, p. 148.

contribuiu fortemente para a introdução do *encarceramento* como medida eficaz de punir e neutralizar os infratores da norma penal.²⁰

Nessa perspectiva, o trabalho penal foi empregado com pouca frequência, ainda que o sistema jurídico medieval recorresse como elemento constitutivo de duas espécies de conseqüências jurídicas de origem visigodo: a redução ao *estado servil* absoluto e a condição de abandono do condenado ao livre arbítrio da parte lesionada, conhecida como *traditio in potestae*.²¹

C. Na Idade Moderna

Na modernidade, a idéia de trabalho penal foi restabelecida conforme a necessidade dos emergentes Estados Nação situados na Europa ocidental, sendo introduzida mais precisamente no reinado dos Reis Católicos como uma *alternativa* a pena corporal, sendo, portanto, mais útil ao Estado que outras sanções vigentes.²² Inicialmente foi implementada paralelamente ao uso de outras penas corporais e da pena de morte, porém, paulatinamente foi alterando toda a dinâmica dos castigos impostos no período medieval.²³ No entanto, na concepção de RUSCHE/KIRCHHEIMER, esta alteração no sistema punitivo não se deu por razões humanitárias, senão por razões *utilitárias*, pois o poder político enxergava conscientemente o potencial valor da força produtiva do trabalho penado.²⁴

²⁰ PIKE, op.cit., p. 03.

²¹ ORLANDIS ROVIRA, AHDE (1947), pp. 150 e 151. Vid., também, BLAY GIL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 15.

²² PIKE, op. cit., p. 148.

²³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El trabajo penitenciario resocializador*, p. 41; ROLDÁN BARBERO, *Historia de la prisión en España*, pp. 54 e 55.

²⁴ RUSCHE/KIRCHHEIMER, op.cit., pp. 25 e 61. De forma contrária, DE LA CUESTA ARZAMENDI, op. cit., p. 41, entende que os reais motivos dessa transformação no sistema punitivo desse período se deram mais por razões religiosas que econômicas.

A transformação no sistema punitivo foi, num primeiro instante, estritamente vinculada à supervisão e controle de uma nova massa de excluídos oriunda da *crise* do sistema feudal, as modificações na economia agrícola e o crescimento das cidades.²⁵ Já, num segundo momento, foi vinculada aos interesses utilitaristas do Estado que utilizavam os diversos tipos de estabelecimentos prisionais para obter proveitos militares ou outro tipo de atividade necessária em virtude da *escassez* de mão-de-obra.²⁶

Assim, as principais formas de exploração laboral de natureza penal da época foram:

1. Galés. A pena de galés surge por volta de 1530 para ser comutada conjuntamente com outras penas corporais para que fossem aplicadas a vagabundos e ladrões com a finalidade de que estes servissem como remadores nas embarcações de vela destinadas ao combate.²⁷ A obrigação de remar nas galés se impunha como pena direta, como substituição de outras penas corporais ou como medida de segurança. As condições pelas quais se cumpriam a pena eram de uma rigidez extrema: sujeição física ao banco de remo preso a cadeados, intenso trabalho, precárias condições higiênicas e sanitárias, escassa comida, forte disciplina e constantes maus tratos,²⁸ de modo que essa pena, pela capacidade de impor sofrimento, chegou a ser classificada como pena capital ao lado do exílio e da morte.²⁹

²⁵ ROLDÁN BARBERO, op. cit., p. 54.

²⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, op. cit., pp. 40 e ss; ROLDÁN BARBERO, op. cit., pp. 54 e 55.

²⁷ CADALSO, *Instituciones Penitenciarias y Similares en España*, pp. 95 e ss; RILOVA PÉREZ, REP 248 (2000), p. 170. Esta pena foi amplamente aplicada durante os séculos XVI e XVII, tanto por tribunais seculares como por Inquisitórios e se converteu nesta época num castigo central no catalogo de penas devido à necessidade de mão-de-obra. Vid. TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta*, pp. 472 e 473. No Brasil as Ordenações Filipinas, que vigoraram até 1830, previam como trabalho forçado a pena de galés que foi mantida no art. 44 do Código criminal do Império de 1830, só sendo revogada no Código penal de 1890. Vid. SZNICK, *Penas alternativas*, p. 145.

²⁸ ROLDÁN BARBERO, op. cit., pp. 14 e 15. Talvez a forma mais arbitrária fosse a duração da pena imposta indeterminadamente para cada apenado, independentemente do prazo de cumprimento estabelecido na sentença. Vid. PIKE, op. cit., pp. 07 e ss; TOMÁS Y VALIENTE, op. cit., p. 473.

²⁹ SELLIN, REP 174 (1966), p. 511.

Apesar do sofrimento que essa pena causava, sua natureza era considerada fundamentalmente utilitária, pois sua imposição aportava mão-de-obra barata, especialmente necessária devido aos inúmeros conflitos praticados no Mediterrâneo entre finais do século XVI e XVII, para trabalhos penosos, nos quais cada vez mais resultava difícil recrutar trabalhadores voluntários.³⁰ A partir do século XVII, ser condenado a galés compreendia cumprir pena de serviços públicos, geralmente nas docas e de caráter sazonal. A pena estava reservada a homens do povo acusados de crimes considerados graves, principalmente em Portugal do Antigo Regime. A pessoa que sofresse essa pena estava sendo legalmente degredada³¹, pois 'galés' *significava complemento do termo 'degredo'* nas *Ordenações Filipinas* criadas em 1603. Porém, era um degredo mais severo, uma vez que comparativamente um ano de galés correspondia a dois anos de exílio para o Brasil, e compreendia o uso de ferros (correntes ou grilhetas).³² Assim, a finalidade utilitária se reflete nas disposições acerca do tempo de cumprimento da pena, as relativas à condução a galés, os limites de idade dos réus, ou a aplicação da pena apesar do perdão do ofendido e da impossibilidade do indulto.³³

Ademais, com a utilização exacerbada dessa pena, pode-se dizer que houve uma mudança de paradigma penal, iniciando-se um período *utilitarista* que vinha a deslocar parcialmente o sistema punitivo medieval baseado nas penas corporais que no extraíam proveitos econômicos, supondo o avanço do *sofrimento produtivo*, na

³⁰ RUSCHE/KIRCHHEIMER, op.cit., pp. 61 e ss; BLAY GIL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 17.

³¹ O degredo como a pena principal na época do Império português, tinha a intenção de deslocar o condenado de seu local de residência, mantendo-o no lugar de destino da pena, com o objetivo de que ali sobrevivessem e expiasse sua culpa, sendo aproveitado em empresas ultramarinas, como guerras coloniais e conquista de novos territórios. Vid. FONSECA, em: MAIA (org.) et al., *História das prisões no Brasil*, Vol. I, p. 114.

³² GREENHALGH, *Presigangas e calabouços*, pp. 09 e ss. No Brasil, a Marinha foi uma das instituições responsáveis pelo uso da mão de obra forçada para ser empregada no serviço militar naval. No entanto, alguns de seus estabelecimentos se transformaram em destinos de criminosos indesejáveis. FONSECA, op.cit., p. 114.

³³ RODRIGUEZ RAMOS, ADPCP (1978), pp. 265 e 266.

medida em que além do horror que resultava, proporcionava um importante saldo à Coroa, principalmente na questão bélica.³⁴

2. O trabalho nas minas de *Almadén*. Por volta do ano 1559 a família de origem alemã *Fugger*, espécie de autoridade que arrendava as minas de *Almadén* em troca de empréstimos ao governo espanhol, solicitou a Felipe II o envio de mão-de-obra apenas às minas. No entanto, a primeira classe de delinquentes, conhecida como *galeotes* desviados de sua pena originária, não apareceram até 1566.³⁵ Em 1645 deu-se início a exploração pela *Real Hacienda*, estatizando desse modo este recurso penal, que foi completamente extinto posteriormente pelo *Real orden* de 1800.³⁶

Às minas chegavam indivíduos com diversas condenações, geralmente por delitos contra o patrimônio.³⁷ Num primeiro momento, a pena aplicada chegava à *perpetuidade*. Posteriormente a mesma sofreu redução a um mínimo de dois e a um máximo de dez anos, similares as de galés, também com o mesmo objetivo utilitarista.³⁸ Durante este período os condenados foram reclusos em um depósito, onde predominava uma jornada de trabalho extremamente rígida e maus tratos que freqüentemente acabavam em morte.³⁹ Tal como sucedia nas galés, nas minas coincidiam apenas com escravos; ambos satisfaziam a necessidade de trabalhadores que podiam ser explorados ignorando, inclusive, os perigos para a saúde que o trabalho nas minas de mercúrio pudesse acarretar.⁴⁰

³⁴ PIKE, *Penal servitude in early modern Spain*, p. 04; RUSCHE/KIRCHHEIMER, op.cit., pp. 65 e 66.

³⁵ ROLDÁN BARBERO, *Historia de la prisión en España*, p. 54; BLAY GIL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 20.

³⁶ SANZ DELGADO, *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, p. 72.

³⁷ PIKE, op.cit., p. 31.

³⁸ ROLDÁN BARBERO, op.cit., p. 54.

³⁹ ROLDÁN BARBERO, op.cit., pp. 56 e 57; SANZ DELGADO, op.cit., p. 68.

⁴⁰ BLAY GIL, op.cit., 20.

O surgimento dessa pena propiciou, também, uma finalidade utilitária porque buscou tornar a mão-de-obra forçada participe do processo de produção do *azougue* que melhorava a prata extraída da América, sendo muito difícil a obtenção de mão-de-obra voluntária, como no caso das galés, em virtude da dificuldade da tarefa a ser executada.⁴¹

O fator relevante sobre a existência das minas de *Almadén* radica no fato de que constituíram a primeira indústria com emprego de apenados com uma nova experiência penal: a de condenados cujo trabalho era dirigido e coordenado por *interesses privados*.⁴²

3. Presídios peninsulares e africanos. A pena a ser cumprida em estabelecimentos prisionais peninsulares e africanos foi impulsionada no século XVI⁴³ como conjunção de três distintas sanções: o desterro, a prisão medieval em castelo ou fortaleza e as penas de origem castelhanas *ad metallum* ou *in opus metalli*. No século XVIII a pena foi importada à Península Ibérica, seguindo o modelo africano, desaparecendo no final do mesmo século. Os presídios eram ambientes militares, geralmente situados em áreas de fronteira, em que se prendiam e faziam trabalhar apenados que ora estavam a serviço das armas, ora estavam a serviço de outras atividades auxiliares.⁴⁴ A pena a ser cumprida nesse tipo de estabelecimento significava uma condenação ao serviço de armas reservada aos nobres e aos mais privilegiados economicamente.⁴⁵ Posteriormente, a partir de meados do século XVII, coincidindo com uma grave crise financeira e de mão-de-obra, essa pena passou a ser

⁴¹ PIKE, op.cit., p. 27; ROLDÁN BARBERO, op.cit., pp. 54 e 55.

⁴² ROLDÁN BARBERO, op.cit., pp. 58; BLAY GIL, op.cit., p. 21.

⁴³ É muito difícil precisar a origem desta pena a partir das fontes legais, uma vez que essas não mencionam até muito tempo depois de iniciada sua vigência. Sobre a discussão a respeito do assunto, ver PIKE, op.cit., p. 41; ROLDÁN BARBERO, op.cit., pp. 19 e ss; SANZ DELGADO, op.cit., pp. 75 e ss.

⁴⁴ SANZ DELGADO, op.cit., pp. 73 e 74; RILOVA PÉREZ, REP 248 (2000), p. 167.

⁴⁵ PIKE, op.cit., p. 42.

aplicada aos plebeus, aos que lhes estavam vetado o serviço com armas, sendo destinados a trabalhos de fortificação extremamente duros.⁴⁶

Com o tempo e como resposta a problemas como a superpopulação carcerária e disciplina, as atividades próprias dos presídios se somaram as atividades artesanais tais como a carpintaria, serralheria ou ferraria.⁴⁷ Em princípios do século XIX e como resposta a esta situação de crise se limita a aplicação destas sanções a réus considerados *limpos*, sem condenação anterior, condenados a delitos não muito graves, que fossem suficientemente jovens e robustos como para poder desempenhar efetivamente os trabalhos; normativa que reflete a vontade de suprir com apenados a falta de alistamentos voluntários.⁴⁸

Nitidamente, se pode perceber outra vez tratar-se de uma pena utilitária, adotada para satisfazer as necessidades bélicas da monarquia em sua *política expansionista*, de ordem colonial. A diferença em relação às penas de galés é que o elemento *pena corporal* não estava presente no presídio.⁴⁹ A pena foi classificada como uma transformação do desterro, enquanto não existia privação de liberdade, mas tampouco era necessário abandonar o ambiente prisional; estas escassas restrições físicas fazem com que a vida no presídio se identifique com a vida em liberdade. De todas as formas, sua relevância na história do Direito penal se deve a sua consideração originária da organização penitenciária.⁵⁰

⁴⁶ BURILLO ALBACETE, *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, pp. 22 e 23; BLAY GIL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 21. Inicialmente a pena era aplicada a perpetuidade, mas no século XVII se resolveu limitar o lapso temporal, de modo paralelo às galés. A pena máxima a ser cumprida não poderia ultrapassar os dez anos, ainda que se aplicassem em alguns casos condenações indeterminadas. Vid. ROLDÁN BARBERO, *op.cit.*, p. 22.

⁴⁷ BURILLO ALBACETE, *op.cit.*, pp. 28 e ss.

⁴⁸ BURILLO ALBACETE, *op.cit.*, p. 37; BLAY GIL, *op.cit.*, p. 21.

⁴⁹ SANZ DELGADO, *op.cit.*, p. 74.

⁵⁰ SANZ DELGADO, *op.cit.*, p. 74; BLAY GIL, *op.cit.*, p. 22.

4. Condenação a armas. A história penal espanhola registra também a sanção a armas fora do âmbito carcerário, tal como sucedeu com o *impressment* britânico, seu alcance foi estritamente utilitarista, pois no começo do século XVIII a pena a '*quintas*' se empregou como meio de superar as limitações do sistema penal de recrutamento, decidindo-se os destinos dos condenados de acordo com as necessidades da política interna e externa da Espanha.⁵¹

O trabalho realizado no exército e na marinha *não* tinha a dureza da pena sofrida no presídio, ao que se reservava aos condenados que haviam praticado delitos leves, vagos e marginais. O tratamento que recebiam era similar àquele recebido pelo restante dos recrutas, e a pena não ultrapassava os cinco anos.⁵²

No *Brasil*, esse regime de recrutamento forçado juntamente com o de suplícios formou a base do sistema militar construído e consolidado ao longo do Império brasileiro. Porém, esse sistema sofreu sucessivas crises após a *Guerra do Paraguai*⁵³, culminando com a *Revolta dos Marinheiros* de 1910⁵⁴, cujo objetivo era implantar modernas relações de trabalho e hierarquia na armada brasileira, de modo a superar as relações de clientela entre oficiais e apenados. Na primeira metade do século XIX, a existência da servidão penal e do regime de suplícios corroborava a sociedade escravista daquele período.⁵⁵

⁵¹ ROLDÁN BARBERO, op.cit., p. 27.

⁵² ROLDÁN BARBERO, op.cit., pp. 27 e 28; BLAY GIL, op.cit., p. 22.

⁵³ Considerado o maior conflito internacional existente na América do Sul. Estendeu-se de dezembro de 1864 a março de 1870. O conflito iniciou-se quando o governo imperial brasileiro, com a concordância da Confederação Argentina, após um ultimato, interveio militarmente no Uruguai, a fim de consolidar sua posição hegemônica na região e impor um governo uruguaio colorado transigente com os fortes interesses dos criadores rio-grandenses no norte daquele país. A reação militar do Paraguai a essa intervenção gerou o desencadeamento da guerra.

⁵⁴ Nesse movimento, os marinheiros protagonizaram um evento novo na história das forças armadas brasileiras, reivindicando-se cidadãos com direitos políticos.

⁵⁵ SIQUEIRA FONSECA, em: MAIA *et al.*, *História das prisões no Brasil*, pp. 128 e 129.

5. Presídios de arsenais. Outra modalidade de servidão penal teve lugares em presídios arsenais navais instalados em recintos militares para o abastecimento e reparação de embarcações de guerra em lugares estratégicos da costa peninsular para a proteção do comércio no Mediterrâneo, no Atlântico e no Estreito de Gibraltar.⁵⁶

Os principais fatores que originaram o desenvolvimento dessa pena foram a supressão da pena de galés em 1748 junto com a incapacidade dos presídios africanos e as minas de *Almadén* de absorver os antigos *galeotes* e aos novos apenados⁵⁷ e o desejo dos primeiros *borbones* de seguir uma política de expansão naval, desenvolvendo a marinha, para o qual se recorreu inicialmente a trabalhos não forçados, posteriormente a apenados de baixa gravidade e finalmente, dada a rigidez do trabalho, a *galeotes* procedentes das minas de *Almadén* ou a réus diretamente condenados aos arsenais.⁵⁸

As finalidades essenciais da gestão dos arsenais foram a utilidade e a segurança, de modo que os métodos de administração coincidem em ambos encerros. O fato de que a condição física dos apenados fosse importante pela sua utilidade distinguia esta pena de outros encerros de sua época. Os condenados trabalhavam acorrentados em pares mediante grilhetas nos tornozelos, em largas jornadas com um pequeno intervalo para descanso ao meio dia e as mortes devidas às duras condições de vida e de trabalho eram freqüentes.⁵⁹

Os arsenais foram extintos entre 1807 e 1818, por causa de inúmeros fatores ligados aos elevados custos na manutenção desses mecanismos penais, ao emprego de mão-de-obra apenada, ao declínio da armada espanhola, a prioridade da pena de desterro

⁵⁶ SANZ DELGADO, op.cit., pp. 111 e 112.

⁵⁷ PIKE, *Penal servitude in early modern Spain*, p. 26; ROLDÁN BARBERO, op.cit., p. 61.

⁵⁸ BLAY GIL, op.cit., p. 23.

⁵⁹ PIKE, op.cit., pp. 73 e ss; BLAY GIL, op.cit., p. 23.

sobre as demais, bem como o humanitarismo penal que se instaurara na época e que também contribuiu para a supressão desse tipo de sanção.⁶⁰

6. Obras públicas. A pena de prestação em obras públicas adquire relevo em meados do século XVIII.⁶¹ Seu processo de expansão está vinculado aos interesses *borbônicos* de melhorar o transporte público e as comunicações na Espanha, em particular a construção de estradas pavimentadas que deveriam interligar Madri a outras regiões periféricas, e de canais para facilitar o transporte de mercadorias desde o interior até a costa, cuja concretização requeria uma abundante mão-de-obra.⁶²

Por consistir em tarefas do tipo comunal (construção de rodovias, canais, portos, jardins, praças, limpeza de ruas entre outros), eram desempenhadas fora do ambiente carcerário cujo serviço era prestado ao Estado, município ou empresa concessionária que possuíam a incumbência de proporcionar o bem comum.⁶³

Desta pena pode-se salientar o aspecto estritamente utilitário e também *retributivo*, uma vez que pôs de manifesto o espetáculo constituído pelos apenados que trabalhavam *acorrentados*.⁶⁴ Ademais, em particular, a partir do século XIX, deve-se destacar o elemento correcional, refletido na pretendida mudança do nome dos presídios (presídios de correção) que supunha que o fim meramente retributivo não deveria sobressair-se: a *reforma* dos internos mediante trabalho produtivo se converteu em um novo fim da pena. Essa manifestação reformadora refletiu no tipo de trabalho que deveria ser desempenhado, deixando de ser trabalho efetivamente

⁶⁰ PIKE, op.cit., pp. 85 e ss; ROLDÁN BARBERO, op.cit., pp. 61 e 62; SANZ DELGADO, op.cit., pp. 111 e ss.

⁶¹ BURILLO ALBACETE, *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, p. 41.

⁶² ROLDÁN BARBERO, op.cit., pp. 65 e 66; BURILLO ALBACETE, op. cit., p. 46.

⁶³ ROLDÁN BARBERO, op.cit., p. 60.

⁶⁴ ROLDÁN BARBERO, op.cit., p. 67; BLAY GIL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 24.

duro, forçado e punitivo para passar a ser trabalho obrigatório, mas também útil e remunerado, buscando inclusive, alcançar o caráter educador.⁶⁵

7. Casas de correção. No século XVII, a fórmula para a repressão da mendicância se deu no desenvolvimento das casas de correção, surgidas na Inglaterra a partir da utilização do castelo de *Bridewell*. Nestas casas, se juntavam um contingente de pessoas heterogêneas e o trabalho forçado que se desenvolvia se destinava a vencer a resistência ao trabalho. Também na Holanda, a partir de 1596, proliferaram as casas de correção criadas em Amsterdã e chamadas de *Rasphuis*, assim denominada em virtude do trabalho desempenhado pelos internos e consistentes em raspar madeiras de distintas espécies que posteriormente eram utilizadas como colorantes. Criadas conforme os contextos religiosos de tradição *calvinista*, as casas de correção, se imbuíram da concepção de vida baseada na capacidade de reforma do homem mediante o próprio esforço.⁶⁶ Desse modo, estes estabelecimentos se aproveitavam da mão-de-obra disponível, não apenas absorvendo-a para dentro da atividade econômica, senão orientando-a a sua recuperação com vistas à aquisição de uns hábitos laborais e de uma aptidão profissional que permitira a reintegração futura dos apenados no mercado de trabalho.⁶⁷

Na *Espanha* se criaram inicialmente (último terço do século XVIII) casas de correção para separar vagabundos, mendigos, pobres e órfãos sem responsabilidade penal, destinados a asilos ou a hospícios, de delinquentes que ofereciam pouca periculosidade, que seriam enviados às casas de correção; ainda que na prática qualquer sujeito pudesse, indistintamente, ser enviado a uma instituição dessa

⁶⁵ PIKE, op.cit., p. 110; BURILLO ALBACETE, op. cit., pp 53 e ss; BLAY GIL, op.cit., pp. 24 e 25. No Brasil, em princípios do século XIX também houve essa transformação do paradigma envolvendo o trabalho penal. Entendia-se que as reformas penais em marcha na Europa, nessa época, anunciaram a sua decisão de transformar o trabalho forçado e desumano em trabalho útil e moderado, com a perspectiva de tornar homens imorais e viciosos, em cidadãos honrados e laboriosos. GARCÍA BASALO, *San Martín y la reforma carcelaria*, p. 39; AGUIRRE, em: MAIA *et al.*, *História das prisões no Brasil*, p. 39.

⁶⁶ MELOSSI/PAVARINI, *Cárcel y fábrica*, p. 32; ROTHMAN, *The Discovery of the Asylum*, pp. 78 e ss; GOFFMAN, *Manicômio, prisões e conventos*, *passim*.

⁶⁷ RUSCHE/KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social*, p. 48.

natureza.⁶⁸ Mais tarde, as casas de correção começaram a serem concebidas como lugares adequados para recepcionar apenados que deveriam cumprir penas mais graves.⁶⁹

No *Brasil* a casa de correção começou oficialmente a funcionar a partir de 1850, por ocasião da promulgação de seu primeiro regulamento.⁷⁰ Ali ficou estabelecido que os prisioneiros condenados a cumprir pena de prisão com trabalhos seriam divididos em duas seções: a correcional e a criminal. Na primeira incluíam-se os menores, vadios e mendigos condenados por um período que variava de 8 a 30 dias conforme os artigos 295⁷¹ e 296⁷² do Código criminal de 1830⁷³; já na divisão criminal ficavam os homens livres condenados pela justiça à pena de prisão com trabalho.

Assim, um dos aspectos mais controversos no interior da casa de correção era a *questão do trabalho*. Este, inclusive, como já se mencionou, foi um dos pressupostos principais do projeto reformador das prisões do século XIX. Mesmo antes dessa época, o trabalho como técnica de correção não era propriamente uma idéia nova. Desde o começo da época moderna, diversos países europeus criaram as casas de correção para garantir mão-de-obra vinda principalmente de grupos urbanos pobres e rebeldes, nos trabalhos públicos e nas fábricas.

⁶⁸ ROLDÁN BARBERO, op.cit., pp. 75 e 76; MARTINEZ GALINDO, *Galerianas, corrigendas y presas*, p. 122.

⁶⁹ ROLDÁN BARBERO, op.cit., p. 76; BLAY GIL, op.cit., p. 25.

⁷⁰ Ao longo do século XIX, a casa de correção teve dois regulamentos: o Decreto 678, de 6 de julho de 1850, com 168 artigos, e o Decreto 8.386, de 14 de janeiro de 1882, com 341 artigos. Em ambos, prevalecem o encarceramento celular durante a noite e o trabalho em comum durante o dia, sob o regime rigoroso do silêncio. Vid. SANT'ANNA, em: MAIA *et al.*, *História das prisões no Brasil*, p. 313.

⁷¹ Art. 295: “Não tomar qualquer pessoa uma ocupação honesta e útil.”

⁷² Art. 296: “Andar mendigando.”

⁷³ Os menores eram recolhidos a casa de correção, de acordo com o art. 13 do Código criminal de 1830: “*Se provar que os menores de quatorze anos, que tiveram cometidos crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que o juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda à idade de dezessete anos*”.

Segundo MELOSSI/PAVARINI, a criação das casas de correção na Europa, a partir do século XVI, estava relacionada ao surgimento da *sociedade capitalista*, que enfrentava grandes massas de trabalhadores que migravam para as cidades e não eram absorvidos pelas manufaturas ou ainda indivíduos que se recusavam a trabalhar. Para todas essas classes, a punição era o trabalho.⁷⁴

As condições de vida e trabalho nas casas de correção eram rígidas e monótonas, o que se esperava que a capacidade reformadora do trabalho fosse eficiente.⁷⁵ O trabalho estava organizado com *fins educativos*, e a correção se buscava mediante o ensinamento de alguns ofícios: costura carpintaria e serviço de alfaiate. No entanto, a lógica interna desse tipo de trabalho estava dirigida fundamentalmente a sufragar os gastos da própria instituição.⁷⁶

As sanções estudadas até o momento são penas cujo núcleo central é o *trabalho forçado*. No entanto, nas casas de correção, como no trabalho realizado nas instituições penitenciárias, a obrigação de trabalhar não constitui o núcleo punitivo, senão que é uma consequência do regime central, sendo o principal elemento ingresso no estabelecimento.⁷⁷ Eram vistos como veículos para a *regeneração* dos delinquentes e como fonte de receita que ajudaria a financiar os altos custos de manutenção destas instituições. Além disso, as penitenciárias incluíam em seu projeto o trabalho dos presos como um elemento central da terapia punitiva. Implementaram-se, por exemplo, oficinas de sapateiro e carpintaria entre outras atividade, às vezes sob o comando direto das autoridades da prisão, às vezes sob a administração de concessionários privados, sendo vistos com bons olhos pelos detentos a oportunidade de ganhar algum dinheiro, enquanto as autoridades e os empresários se beneficiavam da mão de obra barata que eles representavam. Dada a

⁷⁴ MELOSSI/PAVARINI, *Cárcel y fábrica*, p. 37.

⁷⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El trabajo penitenciario resocializador*, p. 43; MARTINEZ GALINDO, *Galerías, corrigendas y presas*, p. 123.

⁷⁶ MARTINEZ GALINDO, op. cit., p. 124; BLAY GIL, op.cit., p. 26.

⁷⁷ TÉLLEZ AGUILERA, *Los Sistemas Penitenciarios y sus Prisiones*, p. 45.

sua importância, o trabalho carcerário tornou-se um elemento paradigmático nas negociações em torno das regras internas da prisão e nos limites de poder no interior dos grupos de presos, bem como entre estes e as autoridades e guardas da prisão.⁷⁸ De fato, a importância das casas de correção na história das penas em Espanha e Brasil se vincula a *origem* da pena privativa de liberdade.

D. No século XIX

Para alguns autores⁷⁹, o século XIX conheceu o ponto mais *avançado* do emprego de trabalho forçado de indivíduos condenados; durante este século o trabalho penal experimentou uma grave crise que se refletiu em uma série de tensões e transformações: a luta entre o trabalho interno, realizado nos presídios, e o trabalho externo, realizado em locais públicos, geralmente em obras públicas; as tentativas de retirar das mãos dos militares o poder sobre as penas cumpridas em estabelecimentos prisionais; as tensões entre o paradigma utilitário, que até o momento fora dominante, e as propostas retribucionistas e correccionalistas.

No transcorrer do século, o trabalho penal deixa de ser a essência do castigo em si e passa a ser um elemento suplementar, não necessariamente parte do conteúdo punitivo próprio da nova pena rainha do sistema punitivo, a privação de liberdade.⁸⁰ Desta situação complexa, cabe destacar as características básicas do trabalho interno⁸¹, assim como a superação do utilitarismo e a introdução de um elemento correccionalista inserido na nova filosofia penal.

O trabalho interno era desenvolvido em oficinas ou manufaturas localizadas no âmbito do estabelecimento prisional; seu potencial respondia as críticas vertidas

⁷⁸ AGUIRRE, em MAIA et al, *História das prisões no Brasil*, p. 43.

⁷⁹ PIKE, *Penal servitude in early modern Spain*, p. 49; ROLDÁN BARBERO, op.cit., pp. 46 e ss; BURILLO ALBACETE, *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, pp. 203 e ss.

⁸⁰ BLAY GIL, op.cit., p. 26.

⁸¹ As características básicas do trabalho externo, desenvolvido em obras públicas, já foram analisadas no item § 1. II. C.

contra os abusos sofridos pelos condenados em obras públicas.⁸² Buscava-se neles um trabalho menos degradante, de modo que comportava certo aprendizado que pudesse resultar útil na *inserção* do mercado de trabalho após o cumprimento da pena. Desse modo, pela primeira vez o núcleo do pensamento penal deixa de ser o sucesso pela maior exploração dos penados para centrar-se nos problemas que realmente havia lhes levado à prisão e as possíveis soluções.⁸³

Apesar dos inúmeros esforços realizados, na realidade se criaram poucos espaços *reabilitadores* tais como centros educacionais, oficinas de aprendizagem ou um local em que se pudessem desenvolver as mais diversas artes no ambiente carcerário, pois faltaram condições mínimas para o seu desenvolvimento⁸⁴. E onde existiam, as tarefas eram desempenhadas nos mesmos locais em que se desempenhavam as manufaturas (posteriormente, devido à imposição por parte do setor industrial, se dedicaram à produção de outros produtos que evitaram a competitividade), realizadas geralmente por empresas privadas contratadas.⁸⁵

No entanto, a superação do utilitarismo e a introdução de *novos paradigmas* retribucionistas e correcionalistas resultam importantes para as análises porque a idéia de trabalho penal modificará radicalmente a partir desse instante. Durante o século XIX se vão construindo as duas idéias, nas quais se ordenará o pensamento penitenciário liberal-burguês, o retribucionismo e o correcionalismo onde, com enfoques paradoxais, comportarão a superação do utilitarismo penal dominante na modernidade.⁸⁶

Para os ideais retribucionistas, o trabalho penal deixará de ser imposto em função da utilidade econômica que possa reportar para passar a ser imposto, no marco da pena

⁸² ROLDÁN BARBERO, op.cit., p. 76.

⁸³ BURILLO ALBACETE, op.cit., pp. 218 e 219.

⁸⁴ ROLDÁN BARBERO, op.cit., pp. 81 e ss.; BURILLO ALBACETE, op.cit., pp. 226 e 227.

⁸⁵ BLAY GIL, op.cit., p. 27.

⁸⁶ BURILLO ALBACETE, op.cit., p. 125.

de prisão, como um mecanismo de dor ou de sofrimento a mais a administrar conforme fora conveniente em cada situação em função de suas peculiaridades. O trabalho, portanto tem a propriedade de diminuir a repugnância e eliminar a poderosa influência dos vícios e maus hábitos que os presidiários pudessem adquirir no ambiente prisional. Assim, o trabalho penitenciário não deve ser somente uma forma de especulação, mas deve servir essencialmente como meio de ensinamento, já que o benefício moral do apenado, muito mais que o lucro, é o objetivo que a lei se propõe a efetivar.⁸⁷ A pena, portanto, deve ser temida, e em consequência os trabalhos deverão ser públicos e, ao menos aparentemente aflitivos, mas ao mesmo tempo se devem dotar as penas com garantias e eliminar seus elementos mais estigmatizantes.⁸⁸

Por outro lado, a idéia correcionalista não focava o trabalho como uma finalidade produtiva e tampouco como uma finalidade de agravar a pena, senão a de ser um fator a mais que devia proporcionar ao condenado à reabilitação. No entanto, para alguns autores⁸⁹, se outorgou ao trabalho uma função puramente *disciplinar* aspirando à conversão dos presídios em produtores de homens disciplinados e adaptados às condições do mercado de trabalho.

Assim, conforme o discurso penal foi abandonando os pressupostos utilitaristas para adotar novas medidas de execução, o trabalho penal deixou de ser necessário, levando a sua eliminação pura e simples ou a sua permanência como ocupação acessória dos novos regimes penitenciários.

⁸⁷ BITENCOURT, *Falência da pena de prisão*, pp. 91 e 92.

⁸⁸ BURILLO ALBACETE, *op.cit.*, pp. 126 e 127; BLAY GIL, *op.cit.*, p. 28.

⁸⁹ Entre os mais expoentes, BURILLO ALBACETE, *op.cit.*, p. 128; MELOSSI/PAVARINI, *Cárcel y fábrica*, p. 37; FOUCAULT, *Microfísica do poder*, p. 133.

E. Síntese conclusiva: Comparações entre o trabalho penal histórico com os atuais trabalhos em benefício da comunidade

Até o momento, foi possível examinar apenas sanções consideradas de trabalhos forçados. Nas próximas páginas se tratará de sinalar algumas notas fundamentais do elemento trabalho nas atuais penas de trabalhos comunitários para logo fazer o mesmo, ainda que de forma resumida com as figuras examinadas, de modo a concluir se há semelhanças ou extensão entre elas.

1. Apontamentos sobre o elemento trabalho nas contemporâneas penas de trabalhos em benefício da comunidade

O elemento trabalho nas atuais penas de trabalho comunitário não é estritamente homogêneo: é distinto entre ordenamentos penais, e dentro de um único ordenamento pode obter diversos fins dependendo do objetivo *político criminal* do seu tempo.⁹⁰ Além dessas variações e pretendendo ajustar-se à concepção original da sanção, os *elementos* que definem o trabalho nas contemporâneas penas de prestação de serviços comunitários são os seguintes:

- a) trabalho ambulatorio que não implica a privação de liberdade do individuo.⁹¹
- b) trabalho de natureza pública, não desempenhada numa instituição fechada ou em um ambiente especificamente penal.⁹² A comunidade figura como ambiente em que tem lugar a execução da pena: de fato as alternativas penais como instrumentos

⁹⁰ Por exemplo, o informe *Wooton* que num primeiro momento se esforçou para colocar em relevo que a privação do tempo livre e não a obrigação de trabalhar era a que constituía o real conteúdo punitivo da sanção. Vid. HOME OFFICE 1970; anos depois e num momento político criminal considerado como '*populismo punitivo*', em que se busca destacar a rigidez do trabalho comunitário como castigo. Dessa forma, os *National Standards* ingleses exigem que o trabalho a ser prestado seja exigente, no sentido de resultar aflição física, emocional e intelectual. Vid. HOME OFFICE 1995.

⁹¹ Conforme o HOME OFFICE 1970, pp. 13 e 14; art. 39 e 49 do Código penal espanhol e art. 46 do Código penal brasileiro.

⁹² De acordo com o HOME OFFICE 1970: 12; RD 515/2005 espanhol e Lei 7.210/84 que trata da execução penal no Brasil.

substitutos da prisão em geral, são definidas como conseqüências jurídicas cuja execução se dá na comunidade em contraposição a uma execução em instituição fechada. O próprio Conselho de Europa, em sua Recomendação n. (92) 16, descreve as penas comunitárias como aquelas que comportam a permanência do delinqüente na comunidade e implicam alguma restrição a sua liberdade mediante a imposição de obrigações, e cujo cumprimento é supervisionado por responsáveis designados pela Lei penal para tal efeito. Esta definição, portanto, corrobora com a idéia de que está destinado à comunidade o papel de recepcionar o delinqüente para que ele preste os serviços no seu espaço e *repare* a sociedade pelo delito causado.⁹³

c) trabalho não remunerado pela prestação da qual não se percebe *nenhuma* contraprestação, apesar de que se possa prever-se a satisfação com outros gastos de manutenção e transporte. Ademais, o trabalho realizado no âmbito do sistema penal não compete com o mercado de trabalho.⁹⁴ Em algumas ocasiões se mencionou que mediante o trabalho dos condenados se está reparando simbolicamente o dano causado pelo delito à sociedade⁹⁵. Tanto na Espanha como no Brasil a comunidade é, na própria definição da pena, beneficiária do trabalho a ser prestado pelos condenados (art. 49 do Código penal espanhol e 46 do Código penal brasileiro). O mesmo sucedeu em Inglaterra e Gales com a denominação inicial da pena *community service orders*. O termo comunidade reflete aqui uma questão (utópica) que transcende às próprias aspirações sociais, econômicas e penais. Dessa forma, se legitima a proposta introdutória do *community service orders* formulada *a priori* pelo Informe *Wooton*, que destinou a pena a um sistema penal com ênfase na reparação à

⁹³ Vid. Por todos, BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, pp. 103 e ss.

⁹⁴ HOME OFFICE 1970, p. 12; art. 49 do Código penal espanhol e não há disposição normativa no Direito brasileiro a respeito dessa questão. A Lei de execução penal, em seu art. 36 trata apenas da remuneração do preso quando este presta serviço externo a uma entidade de caráter público ou privado.

⁹⁵ YOUNG, *Community service orders*, p. 36, considera que o elemento reparador dos trabalhos em benefício da comunidade cumpre com uma obrigação de recompensar à sociedade que, como entidade abstrata, foi lesionada. Assim, o responsável pela conduta delitiva contribui, de forma simbólica, ao bem estar geral da sociedade.

comunidade, aproximando, sobretudo, o delinqüente daqueles cidadãos que necessitam de maior apoio.⁹⁶

d) a prestação laboral realizada deve ser construtiva em benefício da comunidade. Nesse sentido, a comunidade é considerada beneficiária das atividades desempenhadas pelos próprios apenados e, por outro, desempenha um papel decisivo na execução da pena, que não exclusivamente tem lugar na comunidade, senão que exige desta sua participação direta no cumprimento, facilitando as tarefas a serem prestadas, não só com o intuito de se buscar um aprendizado, mas, sobretudo de alcançar um dos fins que toda sanção penal deve atingir, a reabilitação.⁹⁷ Assim, a comunidade passa a ter uma clara importância para além da esfera de compreensão da justiça formal até a realização da justiça material. O indivíduo reconhecendo-se como parte integrante do corpo social realiza o controle externo do Estado exercido pela sociedade civil. Assim, os diversos grupos sociais são chamados a participar de forma atuante, buscando contrariar a passividade diante da responsabilidade pelo crime presente na cultura repressiva clássica.⁹⁸

e) o trabalho será prestado no período de *ócio*, portanto distinto daquele trabalho obrigatório realizado em tempo integral.⁹⁹

f) trabalho com uma duração determinada, não vinculada a uma atividade específica, senão imposta por razões político criminais.¹⁰⁰

⁹⁶ HOME OFFICE 1970, pp. 12 e 13.

⁹⁷ HOME OFFICE 1970, p.13; art. 49 do Código penal espanhol e art. 46 do Código penal brasileiro.

⁹⁸ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *criminologia*, pp. 434 e ss, nesse modelo integrador, procura-se inserir no sistema de resposta ao delito à satisfação a outras expectativas sociais: a solução conciliadora ao conflito que o crime exterioriza, a reparação do dano causado à vítima e a comunidade e a própria pacificação das relações sociais.

⁹⁹ HOME OFFICE 1970, p.14; RD 15/2005 e art. 46 do Código penal brasileiro.

¹⁰⁰ HOME OFFICE 1970, p. 20; arts. 33 e 49 do Código penal espanhol e art. 46 do Código penal brasileiro.

g) trabalho consentido na medida em que não pode ser executado contra a vontade do condenado, justamente para afastar-se dos trabalhos forçados.¹⁰¹

São, portanto estas as características fundamentais do trabalho na pena de prestação de serviços em benefício à comunidade no sentido de que se alguma delas desaparece ou se modifica, a pena perderia, na atualidade, sua finalidade político criminal convertendo-se em outra figura distinta. Nada obsta, por exemplo, que o trabalho esteja dotado de outras características ou perseguir outros objetivos, como a ressocialização ou a reparação. Contudo, esses elementos não são eminentemente fundamentais no sentido existencial da pena.¹⁰²

2. Aspectos fundamentais do trabalho penal histórico

As características essenciais dos institutos analisados anteriormente, que desde uma perspectiva comparativa interessa destacar são as seguintes:

a) na grande maioria das penas estudadas se percebeu que o trabalho foi um elemento *utilitário*, no sentido que foi justamente a utilidade e a exploração da mão-de-obra empregada o que determinou o recurso à pena, sua execução e duração.

b) o trabalho por si só caracterizava-se por ser um elemento de *castigo corporal*. Em muitos institutos analisados se pôde averiguar que essas penas se converteram em penas corporais. A rigidez das atividades a serem prestadas convertia o trabalho em um elemento altamente degradante.¹⁰³

c) a imposição da sanção afetava em quase todos os casos a liberdade do condenado, tratando-se de encerros instrumentais que propiciavam a exploração laboral. SELLIN,

¹⁰¹ Art. 49 do Código penal espanhol e art. 46 do Código penal brasileiro.

¹⁰² Nesse sentido, BLAY GIL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 30.

¹⁰³ BLAY GIL, *op.cit.*, p. 30.

por exemplo, considerava o trabalho penal antigo por si mesmo uma forma de privação de liberdade.¹⁰⁴

d) a aplicação dessas penas geralmente comportava a segregação dos condenados do resto da sociedade.

e) o trabalho penal imposto a desocupados e marginais era uma forma de combater uma fonte de conflito social: a *ociosidade*. A ociosidade das classes subalternas, sobretudo no século XVIII, era denunciada por distintos seguimentos sociais, tais como a igreja e o governo que adotaram argumentos moralistas e econômicos para buscar a satisfação de suas necessidades políticas.

f) em alguns casos, o trabalho era remunerado, geralmente quando executado em obras públicas com a finalidade de fomentar o desejo pelo trabalho aos condenados.¹⁰⁵

g) em algumas instituições, o trabalho realizado tinha uma utilidade pública, condizente com as necessidades da política daquele período histórico.

h) a partir do século XVII se passa a introduzir junto com a utilidade e a retribuição o elemento correccional. Conforme essa concepção será o elemento *correccional* mais até que o elemento utilitarista que irá reportar a força laboral dos condenados, configurando, dessa forma, o sistema punitivo da época.¹⁰⁶

Assim, se pode sintetizar que o utilitarismo racional da imposição do trabalho, os elementos de pena corporal, o carácter degradante utilizado como exemplo aos demais membros da sociedade, bem como a segregação e restrição à liberdade das pessoas

¹⁰⁴ SELLIN, REP 174 (1966), p. 509.

¹⁰⁵ BURILLO ALBACETE, *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, pp. 217 e 218.

¹⁰⁶ ROLDÁN BARBERO, *Historia de la prisión en España*, p. 87.

são fatores que não estão inseridos nas atuais penas de trabalhos comunitários, como tampouco está exclusivamente a retribuição pelo trabalho a ser executado.

Em contrapartida, a ociosidade foi, desde os tempos remotos, um mal a ser combatido, mediante a aplicação de um trabalho redentor; já na configuração das atuais penas de trabalhos comunitários, o tempo livre é o bem jurídico afetado por essa pena.

Em sentido contrário, se mencionou que a utilidade pública do trabalho, mais especificamente na condenação ao serviço em obras públicas, que esta pode ser *equiparada* às contemporâneas penas de trabalhos comunitários.¹⁰⁷ Não obstante, a utilidade pública dessas obras se definia em razão das necessidades políticas do Estado e não de critérios como adotados na realidade, baseados no benefício da comunidade ou de seus seguimentos mais vulneráveis, além de evitar a degradação do condenado que uma privação da liberdade lhe pudesse acarretar.¹⁰⁸

Em síntese, parece, no entanto, que os elementos característicos das formas históricas de trabalho penal *não* estão presentes na pena de trabalho em benefício da comunidade. O trabalho em benefício da comunidade nessa configuração rompe, justamente, com a perspectiva simplista de responsabilidade do indivíduo para com a coletividade, pois impõe a contrapartida, vale dizer, chama a sociedade civil a participar na execução da pena, atendendo, dessa forma, a ética da solidariedade, levando a sociedade a entender a sua responsabilidade, procurando dar respostas inclusivas ao homem que delinqüiu.¹⁰⁹ Esta manifestação encontra-se evidente na Espanha e no Brasil no momento em que o legislador prioriza o papel outorgado às entidades públicas e privadas de interesse geral na regulação da execução do trabalho

¹⁰⁷ VASS, *Sentenced to labour: close encounters with a prison substitute*, p. 14.

¹⁰⁸ BLAY GIL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 32.

¹⁰⁹ Nesse sentido, ASÚA BATARRITA, “El trabajo al servicio a la comunidad como alternativa a otras penas”, em: *Estudios de Deusto*, pp. 318 e ss; MAESTRACCI, *Le travail d'interet general*, p. 90; PARES I GALES, CPC 64 (1998), p. 159; SANZ MULAS, em: Diego Díaz/Sánchez López (eds.), *Hacia un derecho penal sin fronteras*, pp. 102 e ss.

em benefício à comunidade, inicialmente pelo RD 690/1996 e agora pelo RD 515/2005 no caso espanhol e pela Lei 9.714/98 e pelo art. 46 do CP, no caso brasileiro. Por outro lado, se pode verificar na literatura penal espanhola e brasileira que o consentimento do condenado é fundamental para distinguir a pena de trabalho em benefício da comunidade dos trabalhos forçados. No entanto, e sem controverter o processo de humanização das penas, se pretende nessa investigação sustentar que as contemporâneas penas de trabalhos em benefício da comunidade é um castigo de caráter distinto, produto de certos fenômenos socioculturais, econômicos e penais concretos, e fundamentalmente antagônicos a qualquer uso anterior do trabalho penal.

III. A aparição da pena de trabalhos em benefício da comunidade no âmbito do Direito penal moderno

A. O surgimento de uma nova forma alternativa de punição

Nos últimos séculos, inseparáveis noções como Direito e sanção, vem sofrendo expressivas modificações, principalmente a partir do conflito de natureza econômico e social.

A prisão, por exemplo, foi aperfeiçoada no sentido de deixar de ser o local prioritariamente de custódia do condenado para se tornar a *punição por excelência*, base de todo o sistema punitivo da sociedade moderna; instituto de suma importância dentro do Direito de punir que o Estado detém.

Não obstante, a pena privativa de liberdade através da reclusão no estabelecimento carcerário, apresentada como uma opção alternativa e humanizante para o sistema punitivo vigente até o século XVII, que tinha como base as penas de morte e corporais, desde seu nascimento, se demonstrou ineficiente e incompatível para cumprir suas finalidades formalizadas pelo ordenamento, principalmente as que se referem à reinserção do condenado na sociedade.

É indiscutível que a pena de prisão em todo o mundo passa por uma crise sem precedentes. A idéia disseminada a partir do século XIX em que a prisão seria a principal resposta penológica na prevenção e repressão ao delito perdeu fôlego, prevalecendo uma idéia pessimista, onde já não se tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa alcançar com o encerramento tradicional.

Daí a necessidade de encontrar uma solução intermediária que não privilegie o cárcere, nem propague a idéia da impunidade. Parece, no entanto, que esta solução até o momento se encontra exatamente na aplicação de penas alternativas.

Nesse capítulo, tem-se o propósito de analisar, ainda que brevemente, os fatores que geraram o declínio da prisão e que fomentaram conseqüentemente, a criação de novas conseqüências jurídicas distintas da privação de liberdade com o objetivo de dar uma resposta criminal à conduta ilícita praticada pelo agente. Da mesma forma, se pretende analisar o *discurso oficial* em prol das alternativas penais como instrumento político-criminal de desprizionalização que parece haver contribuído também para a legitimação dos pressupostos de aplicação e execução da contemporânea pena de trabalhos em benefício da comunidade nos diversos ordenamentos jurídicos penais do entorno.

1. Do declínio da pena de prisão ao surgimento das penas alternativas no contexto do Direito penal

É do conhecimento de todos que a pena de prisão vem se apresentando, ao longo dos últimos séculos, extremamente ineficaz no combate à criminalidade, ainda que tal sanção tenha sido considerada, em meados do século XIX, o principal instrumento punitivo, de modo que poderia alcançar os propósitos voltados à ressocialização do indivíduo condenado.

As críticas com relação a esse sistema foram iniciadas através do *Programa de Marburgo*, em 1882, por VON LISZT, que passou a contestar as penas de prisão de curta duração, afirmando que da forma como costumam ser aplicadas, “elas não

corrigem, não intimidam, nem põem o delinqüente fora do estado de prejudicar e, ao contrário, muitas vezes encaminham para o crime o delinqüente novel”. A partir desse entendimento, resulta a exigência de que o legislador substitua as pequenas penas de prisão por outras medidas adequadas, citando como exemplo, inclusive, uma forma de trabalho que pudesse ser realizado em liberdade.¹¹⁰

Já CARRARA, no *Programa de Direito penal*, ao comentar sobre as condições que a pena deve ter, afirmava rejeitar qualquer forma de punição que degrida ou corrompa ao condenado a não retornar ao bom caminho. Nesse sentido, critica o encarceramento promiscuo “como fonte indiscutível de desmoralização”, argüindo que o desejaria banido de todo o Estado político, não só por considerá-lo daninho, mas também, como radicalmente injusto.¹¹¹ Alega, sobretudo, que entre os direitos do condenado existe também o de não ser constrangido pela autoridade pública a uma situação que o leve à necessidade de se corromper mais do que já está corrompido. É justamente essa situação, conforme o autor, que a autoridade coloca o delinqüente quando o atira nas promiscuidades do cárcere.¹¹²

FOUCAULT, também afirmava haver um desafio político generalizado em torno da prisão, que não é saber se ela será ou não corretiva; se os magistrados, os sociólogos ou psiquiatras exercerão nela mais poderes que os administradores ou guardas; mas acredita estar, sim, no que ele denomina “alternativa à prisão ou algo distinto da prisão”.¹¹³

Começam, então, as *primeiras constatações* sobre as falhas do sistema prisional, de modo que se justifiquem, por si só, medidas punitivas menos opressivas ao cidadão.

¹¹⁰ VON LIZST, *Tratado de Direito Penal Alemão*, v. 1, p. 153.

¹¹¹ CARRARA, *Programa do Curso de Direito Criminal*, V.2, P. 135.

¹¹² CARRARA, *op.cit.*, p. 94.

¹¹³ FOUCAULT, *Vigiar e punir*, p. 253.

No entanto, é importante observar que a pena de prisão começou efetivamente, entrar em declínio, logo após o início do século XX, quando se inicia a busca de alternativas ao regime fechado. No *II Congresso Internacional de Direito Comparado*, realizado em 1937, em Haia, já se reclamava a substituição da pena privativa de liberdade por outras espécies punitivas.¹¹⁴

Na esteira do entendimento de que a pena de prisão carece de legitimidade quanto aos fins a que se destina, afirma BITENCOURT que a sua incapacidade para exercer parâmetros educativos sobre o condenado, sua carência de eficácia intimidativa diante do delinqüente entorpecido, o fato de retirar o condenado do seu habitat natural, obrigando-o a abandonar seus familiares, e os estigmas que a passagem pelo cárcere deixam no apenado são alguns dos argumentos que apóiam os ataques que se iniciam em 1889 no *Congresso de Bruxelas* que tratava da União Internacional de Direito Penal.¹¹⁵

Esse parece ser o mesmo entendimento de ZAFFARONI que considera as cadeias como verdadeiras “*máquinas de deteriorar*”, assinalando que “a prisão gera uma patologia cuja principal característica é a regressão”, pois o condenado ao cárcere é levado a condições de vida que nada tem a ver com as de um adulto, por ser privado de tudo que um adulto faz ou deve fazer usualmente. Argumenta, ainda, que o condenado é ferido em sua auto-estima pela perda da privacidade e de seu próprio espaço, além da submissão a visitas degradantes e de outras formas conhecidas, ao que se correlacionam às condições deficientes de todas as prisões: superpopulação, alimentação precária, falta de higiene, sem contar as discriminações em relação à capacidade de pagar por alojamentos e privacidades. Enfatiza que o efeito da prisão é deteriorante, pois submete o condenado à chamada *cultura da cadeia*,

¹¹⁴ NEVES, *Penas restritivas de direitos*, p. 90. Ressalta-se ainda que a Comissão Internacional e Penitenciária foi a primeira a cogitar sobre normas para o tratamento dos reclusos, no ano de 1933. Já em 1934, a Liga das Nações adotou e melhor adaptou aquelas regras estabelecidas. Em 1966, foi adotado, pela Assembléia Geral da ONU, um Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, cujo art. 10 estabeleceu que “*toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito à dignidade inerente à pessoa humana*”.

¹¹⁵ BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p. 02.

completamente distinta daquela em que possa viver uma pessoa em liberdade. Assim, essa imersão cultural não pode, em hipótese alguma, ser interpretada como uma tentativa de ressocialização, ao se afastar da ideologia do tratamento, pois se processa de forma antagônica a esse discurso.¹¹⁶

De modo mais radical, FERRAJOLI se manifesta no sentido de tratar a prisão como uma instituição antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, lesiva à dignidade da pessoa e *inutilmente* aflitiva. Por isso, resulta fundamental uma drástica redução da duração, tanto mínima como máxima, da pena privativa de liberdade, instituição cada vez mais carente de sentido que produz um custo de sofrimentos não compensados por apreciáveis vantagens para quem quer que seja.¹¹⁷

Para BITENCOURT, as razões que levaram a pena de prisão a padecer conceitualmente sobre a sua ineficácia baseiam-se em dois argumentos-chaves: o primeiro considera que o ambiente carcerário, em razão de sua antítese com a comunidade livre, converte-se em meio *antinatural*, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso, não se podendo fazer sociais àqueles que chamamos *anti-sociais*.¹¹⁸ Assim, pode-se chegar a adoção de posturas excessivamente radicais como as de COHEN, que considera que é tão grande a ineficácia da prisão que não vale a pena sua reforma, pois manterá sempre seus paradoxos e suas contradições. Por isso, talvez a verdadeira solução ao problema da prisão seja a sua extinção pura e simples.¹¹⁹ O segundo, menos radical, insiste que na maior parte das prisões do mundo, as condições materiais e humanas tornam inalcançáveis o objetivo reabilitador, não se tratando de uma objeção que se origina na natureza ou na

¹¹⁶ ZAFFARONI, *Em busca das penas perdidas*, pp. 135 e 136.

¹¹⁷ FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 331.

¹¹⁸ BITENCOURT, *Falência da pena de prisão*, p. 154. Esse parece ser também o entendimento de GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, REP, 240 (1988), p. 40, onde afirma que a pena não ressocializa, mas estigmatiza, que não limpa, mas macula. Que é mais difícil, portanto, ressocializar a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa experiência; que a sociedade não pergunta por que uma pessoa esteve em um estabelecimento prisional, mas tão somente se lá esteve ou não.

¹¹⁹ BITENCOURT, *op.cit.*, p. 155.

essência da prisão, mas que se fundamenta no exame das condições reais em que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade.¹²⁰ Os que se posicionam conforme o segundo entendimento centram-se no fato de que a pena de prisão pode ser necessária em determinados casos e faz-se indispensável à melhoria de suas condições materiais de execução, no propósito de buscar-se a ressocialização do condenado.¹²¹

De acordo com esses postulados, os juristas que adotam a *segunda posição* vêm se ocupando dos estudos sobre a existência da desumanização nos estabelecimentos prisionais, como elemento causador da deslegitimação da pena de prisão, onde violações de todos os níveis à dignidade da pessoa humana ocorrem frequentemente em diversos países do mundo. Citam como deficiências do sistema os maus-tratos verbais e de fatos. Também se inserem nesse rol a superpopulação carcerária, a qual reduz a privacidade do recluso e facilita abusos sexuais; a falta de higiene, que estimula a proliferação de doenças; as condições precárias de trabalho; a deficiência de serviços médicos; o consumo de drogas facilitado por agentes penitenciários corruptos; a violência e utilização de meios brutais para a imposição do poder, além de outras formas de coação. Tais averiguações viriam a exigir dos governantes uma série de reformas capazes de transformar de fato a pena de prisão em um instrumento efetivo em sua finalidade reabilitadora.¹²²

Porém, alguns autores aduzem que ainda que haja uma reforma substancial no sistema penitenciário, a prisão em si mesma, não regenera ninguém. FRAGOSO, por exemplo, ressalta que é perfeitamente óbvio que o sistema carcerário é *incompatível* com qualquer forma de tratamento, seja qual for a espécie que se atribua a ele. O

¹²⁰ BITENCOURT, op.cit., p. 155.

¹²¹ Assim, MUÑOZ CONDE, CPC, 7 (1979), p. 105.

¹²² CLEMMER, em: *Readings in criminology and penology*, pp. 517 e ss; GARCÍA VALDÉS, *La nueva penología*, p. 33; GARCÍA RAMÍREZ, *La prisión*, p. 53; VON HENTIG, *La pena*, p. 377; MELOSSI/PAVARINI, *Cárcel y fábrica*, p. 196; MATTHEWS, *Pagando tiempo*, pp. 81 e ss; BARATTA, *Criminología crítica e crítica do direito penal*, p. 166; GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, REP, 240 (1988), pp. 40 e ss; GOFFMAN, *Manicômio, prisões e conventos*, *passim*; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 100; BITENCOURT, *Falência da pena de prisão*, pp. 153 e ss, entre outros.

simples fato de forçar uma pessoa a viver isolada, numa situação em que todas as decisões são tomadas para ela, não pode ser forma de treinamento para viver numa sociedade livre. Validamente, só é possível pleitear que ela seja destinada exclusivamente para os casos onde não haja, no momento, outra solução.¹²³

Na mesma direção, THOMPSON afirma que em nenhuma época e em nenhum lugar a experiência penitenciária, de mais de cento e cinquenta anos, conseguiu fazer prisão punitiva reformativa. Menciona ainda que “treinar homens para a vida livre, submetendo-os a condições de cativo, afigura-se tão absurdo como alguém se preparar para uma corrida, ficando na cama por semanas.”¹²⁴

Nesse passo, há de se constatar que as inúmeras deficiências diagnosticadas na pena de prisão, ao longo da história, levaram as legislações de muitos países à sua *substituição* por sanções alternativas, dentre elas, a pena de trabalhos em benefício da comunidade, que deverá ser aplicada, dentro dos limites recomendáveis, aos autores de crimes de médio e pequeno potencial ofensivo.

Isso explica os questionamentos proferidos por ROXIN¹²⁵ sobre o futuro do Direito penal. Responde o próprio autor que, apesar do aumento previsto da criminalidade, as penas hão de tornarem-se mais suaves. Argumenta que, *a priori*, isso parece ser paradoxal, pois corresponde ao raciocínio do leigo reagir a uma criminalidade crescente com penas mais severas. Afirma, contudo, que a moda político-criminal vem se voltando a um *enrijecimento* do sistema penal em vários países, fator esse oriundo da criminalidade organizada como também em face do medo gerado pela prática de crimes entre os cidadãos, constantemente aumentado pelos noticiários da mídia.

¹²³ FRAGOSO, *Direitos dos presos*, pp. 13 e 14.

¹²⁴ THOMPSON, *A questão penitenciária*, pp. 12 e 13.

¹²⁵ ROXIN, *Estudos de Direito Penal*, pp. 17 e ss.

Entretanto, para o autor alemão trata-se de “uma oscilação cíclica a que a criminalidade volta a submeter-se após certo período de tempo”. Mas, em longo prazo, supõe que esse desenvolvimento leva a uma necessidade de uma nova suavização de sanções.

Por fim, destaca que o declínio da pena de prisão tem duas razões: as instituições carcerárias e os recursos financeiros necessários à manutenção do sistema prisional são deficientes para abrigar o grande número de infratores e a imposição da prisão em massa, inclusive aos delitos de pequeno e médio porte, não é político-criminalmente aceitável.¹²⁶

Desta forma, haverão de surgir, em seu lugar, os substitutos ou alternativas à pena privativa de liberdade, pois, conforme os conhecimentos da criminologia, a força preventiva do Direito penal não depende da rigidez da sanção, e sim “de o Estado reagir ou não de modo reprovador”.¹²⁷

2. O discurso oficial das penas alternativas como opção político-criminal de desprisionalização

Desde um ponto de vista *político-criminal*, na versão típica de um Estado Social e Democrático de Direito, pode ser oportuno afirmar que da mesma forma que o Direito penal deve ser um instrumento de *ultima ratio* do controle social, a pena privativa de liberdade também deve, em última análise, ser utilizada como medida extrema de controle. A idéia de necessidade, de utilidade e de adequação, associada aos princípios de proporcionalidade, de dignidade da pessoa, entre outros, são princípios de política criminal que orientam não só o recurso ao Direito penal, como forma de proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais, como também o uso da pena privativa de liberdade para determinadas condutas ilícitas.

¹²⁶ ROXIN, op.cit., pp. 17 e ss.

¹²⁷ ROXIN, op.cit., p. 19.

A política criminal orientada a valores, inspiradas no princípio de *mínima intervenção* do Direito penal, a partir da dinâmica axiológica dos bens jurídicos, abre espaço e busca oferecer à dogmática penal, outras opções menos traumáticas e estigmatizantes à dignidade da pessoa, para se fazer o controle social desejado em relação à proteção de determinados bens jurídicos, mas de menor importância, e que a conduta seja de pequena danosidade social e sob reprovação; contudo, com dignidade e carência penal. Ao que se conclui, levando em consideração parte da doutrina¹²⁸, foi com este propósito e com esta perspectiva minimalista que a partir das orientações das *Regras de Tóquio*, as penas alternativas, ingressaram na órbita do ordenamento penal, no espaço deixado pelas penas tradicionais, como uma nova opção político-criminal e proteção destes bens.

A idéia central destas novas penas é a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de sanção ou medida, ainda que de natureza penal, porém menos aviltante e sem prejuízo do aspecto garantista, de rapidez e das finalidades, especialmente preventivas.¹²⁹ Trata-se, com efeito, como ressalta MIRANDA RODRIGUES, de uma “política deflacionária da pena de prisão”,¹³⁰ em função de outras modalidades de pena menos agressivas, sem esquecer dos fins preventivos. Um modelo mais humano no trato da criminalidade, principalmente em relação às infrações de pequeno potencial ofensivo, onde, por razões político criminais, não justificaria a utilização de uma pena mais grave quando outra forma de punição for adequada para alcançar seus fins.

Desta forma, pode-se dizer que a eleição da alternativa penal deve ser orientada pela prevenção geral e pela prevenção especial e não como a mera compensação da culpa. Não se pode combater a violência com mais violência. O objetivo final é, claramente,

¹²⁸ Como por exemplo, CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, em CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.), *Penas alternativas a la prisión*, p. 17; GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, pp. 23 e ss; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminologia*, p. 338; BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, pp. 67 e ss.

¹²⁹ Para CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, op.cit., p. 11, o motivo principal para a tutela das alternativas tem sido sua capacidade para conseguir fins de prevenção especial.

¹³⁰ MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, p. 564.

o de evitar o meio nocivo das prisões para os infratores não habituais e menos perigosos, tendo como paradigmas axiomas político-criminais, sem abrir mão do controle penal.

O controle penal destas infrações *bagatelares* em sentido amplo, praticadas por agentes que oferecem escassos riscos à sociedade, em princípio, até seria possível por outro meio que não o penal, como visto *supra*. Contudo, as legislações contemporâneas, no espaço deixado pelas sanções tradicionais, têm optado por instrumentos alternativos de controle distintos do cárcere. Isso, analisado por um lado, poderia ofender os princípios de subsidiariedade, de culpabilidade, de inocência e de *ultima ratio*. Ademais, poderia prejudicar os fins da pena, em especial, os de prevenção positiva. A doutrina, no entanto, pela via da política criminal, a partir do binômio custo-benefício, tem buscado justificar, nesses casos, o recurso ao Direito penal, e, mais especificamente, às alternativas penais, desde que não impliquem custos incomensuráveis¹³¹, levando como elemento balizador a proporcionalidade, descartando, de pronto, o recurso à pena de prisão.

Os argumentos de sustentação desta política criminal de valoração das alternativas penais se resumem em dois principais aspectos: a) *por um lado*, no fato de que a norma, em tais hipóteses, continua válida para reforçar as expectativas da comunidade de que o Direito penal cumpre a função de tutelar bens jurídicos fundamentais; b) *por outro lado*, porque não dessocializa o agente criminal.

¹³¹ Para YOUNG, *Community service orders*, p. 04, a criação de penas alternativas além das finalidades reabilitadoras, importa uma grande questão financeira a favor do Estado, pois há maior custo da manutenção dos estabelecimentos fechados às opções alternativas. Para que se tenha uma idéia a esse respeito sobre a realidade brasileira, conforme as estimativas do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), cada presidiário custa em média, de R\$ 1.000,00 (Hum mil reais) a R\$ 2.000,00 (Dois mil reais) por mês, o equivalente a mais de quatro salários mínimos, fixados em R\$ 350, 00 (Trezentos e Cinquenta reais). Assim, manter a população prisional do país (361,4mil presos em 2006) gera um custo mensal de R\$ 542,1 milhões por mês e R\$ 6,5 bilhões por ano. Já com a aplicação de penas restritivas de direitos, o custo de um preso poderia ser reduzido em até 10 vezes e o índice de reincidência despencaria de 42,5% para 17,5%. Vid. NEVES, *Penas restritivas de direitos*, pp. 139 e 140.

Pode-se dizer que a sanção, nas hipóteses das infrações de pequeno e médio potencial ofensivo, situa-se em um nível inferior ao grau da culpa, não obstante, tal é tolerado em função de um outro bem relevante: a não dessocialização, na medida em que não prejudique a prevenção geral. Assim, a sociedade continua acreditando em seu ordenamento jurídico-penal e a resposta estatal não traz as inconveniências das sanções tradicionais, o que significa, em última análise, que os fins preventivos, geral e especial positivo, e as garantias fundamentais não sofrem nenhum abalo e o Direito penal, por um trajeto menos fechado, cumpre um papel social importante, sem prejuízo de outras formas de controle dos fatos ilícitos praticados.¹³² É nesse contexto que se deve compreender os fins superiores da política criminal no que tange a aplicação de sanções completamente distintas da prisão.

A dogmática penal brasileira e espanhola, a partir de uma perspectiva da escassa relevância do bem jurídico, da pequena dimensão do dano social e do baixo grau de culpabilidade, como meio de proteção penal, lançou como solução para a tutela de uma categoria de bens as penas alternativas e para outra espécie de bens a medida alternativa. Contudo, é pertinente ressaltar que o controle sob o enfoque formal, por meio das penas alternativas não difere daquele utilizado para as penas tradicionais;¹³³ logo, ainda que em razão do *utilitarismo*, não se admite em relação aquelas a flexibilização de qualquer princípio garantista de caráter material ou processual. Por outro lado, em relação às medidas alternativas, em razão do aspecto consensual, o sistema criminal permite a diminuição de alguns princípios em função de outros benefícios, como por exemplo: a não dessocialização, em homenagem ao princípio da proporcionalidade. Aqui, não obstante, se abre espaço no âmbito penal para uma justiça consensual direcionada às razões preventivas dimensionadas pelo baixo grau de culpabilidade.

¹³² MIRANDA RODRIGUES, op.cit., pp. 330 e ss.

¹³³ Para FERNANDES, *O processo penal como instrumento de política criminal*, p. 811, em relação à pena alternativa, ao contrário do que ocorre com a medida alternativa, o sistema não se satisfaz com a mera comprovação da culpabilidade preliminar, pois aquela não é consensual, logo sua aplicação pressupõe a comprovação inequívoca, não só do injusto, como também da culpabilidade, não se admitindo, portanto, qualquer flexibilização dos princípios que disciplinam o Direito material e o processual.

Em síntese, o discurso político-criminal oficial a favor das penas alternativas como mecanismo de *desprisionalização* tanto na Espanha como no Brasil, está voltado aos pressupostos de mínima intervenção do Direito penal como instrumento de controle social.¹³⁴ Todavia, ainda que optando por estes pressupostos, os bens jurídicos de elevado conteúdo valorativo e cuja lesão implica em uma maior reprovabilidade, para alcançar os fins político-criminais mereceram, contudo, um maior rigor na tutela, daí a opção pela pena tradicional, o que levou a um maior rigorismo nas garantias; enquanto que em relação a outros, em especial aquelas lesões a valores inferiores, consideradas de regular, médio ou pequeno potencial ofensivo, de leve culpabilidade, se optou pelas penas alternativas¹³⁵, onde se inclui a pena de trabalhos em benefício da comunidade, objeto de estudo.

É justamente com base nessa linha evolutiva do Direito penal que se pode dizer que os legisladores contemporâneos de vários países, tanto do contexto *anglo-saxônico*, como do contexto *continental*, encontraram a legitimidade necessária para cominarem as chamadas penas alternativas, sobretudo a pena de trabalhos em benefício da comunidade em seus respectivos ordenamentos jurídicos com o objetivo de diminuir gradativamente o uso da prisão e conceder mais credibilidade à utilização de uma pena que possa ser cumprida no âmbito comunitário.

¹³⁴ Em relação ao contexto espanhol vid. POZA CISNEROS, em: POZA CISNEROS (coord.) *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, p. 195; MUNÓZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, p. 562; PRAT WESTERLINDH, *Alternativas a la prisión*, p. 73, entre outros. No contexto brasileiro, vid. BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p. 82; MIRABETE, *Manual de Direito penal*, p. 323; GONÇALVES, *Penas alternativas*, p. 18; DEL-CAMPO, *Penas restritivas de direitos*, pp. 19 e ss; CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*, pp. 34 e ss; PIRES COSTA, *Penas alternativas*, pp. 69 e ss, entre outros.

¹³⁵ Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do Direito Penal*, pp. 156 e ss, pretende demonstrar a possibilidade de coexistirem espécies de subsistemas punitivos dentro do próprio sistema penal. Por isso, fala-se em Direito penal de duas velocidades para se referir aos dois distintos subsistemas penais, cada qual com uma peculiar vocação e com um sistema de garantias próprias. Assim, para um sistema penal preparado para a imposição de penas aptas a privar a liberdade do autor do fato ilícito, porquanto se trate de sanções mais gravosas ao patrimônio jurídico do cidadão, maiores garantias seriam previstas e observadas pelo sistema a fim de autorizar a eventual e final cominação da pena. Em contrapartida, para um sistema de alcance penal preparado e pensado para atribuir sanções diversas que o cerceamento da liberdade, porquanto se trate de sanções em certa medida mais brandas, poder-se-ia pensar em um procedimento para a aplicação destas sanções diversas da pena de prisão, com uma determinada relativização das clássicas garantias jurídico-penais.

B. Introdução dos trabalhos em benefício da comunidade na história das penas alternativas à prisão

Nesse apartado, se sustentará a idéia de que o trabalho comunitário constitui uma pena não privativa de liberdade alternativa a prisão, pois, nesse sentido, será possível explicar sua amplitude na história das penas alternativas. Compreendem-se dois modelos teóricos de evolução das penas alternativas à prisão: o modelo *anglo-saxônico* e o *modelo continental*. Os dois modelos tiveram impulsos a partir dos anos 70 do século XIX, porém seus desenvolvimentos atendem a distintos motivos, o que por sua vez determina o conteúdo punitivo mais ou menos intimidador e/ou mais ou menos ressocializador, de cada modelo.¹³⁶

Dentro do modelo continental de desenvolvimento das sanções alternativas existiram em finais do mesmo século, propostas acerca da introdução de penas baseadas no trabalho em benefício da coletividade; no entanto, se buscará argumentar aqui a hipótese conforme a qual as contemporâneas penas de trabalhos em benefício da comunidade se desenvolvem, essencialmente a partir da largada dada pela confiança depositada ao modelo anglo – saxônico, em particular, o modelo inglês.

1. O modelo anglo-saxônico

O desenvolvimento das contemporâneas penas de trabalhos em benefício da comunidade se consolida no último terço do século XIX, fundamentalmente, a partir do exemplo do *community service* britânico, que imediatamente passará a ocupar um lugar significativo no sistema penal inglês e que converte a proposta em uma pena possível de ser aplicada, passando a desfrutar de certa credibilidade. Essa credibilidade permite que seja recepcionada e promovida por diversas resoluções

¹³⁶ Sobre os modelos mencionados, ver Cid MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.), *La delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, pp. 22 e ss.

internacionais e logo adotada por inúmeros ordenamentos jurídicos europeus com distintas funções no sistema de penas.

A importância do modelo britânico justifica-se pela intenção de elaborar um modelo explicativo sobre a introdução do trabalho em benefício da comunidade no sistema de penas. Ainda que não se pretenda mencionar que este modelo seja diretamente aplicável a outras realidades jurídicas, se busca, no entanto, identificar aqueles elementos que em maior ou menor grau podem ter influenciado ou condicionado a introdução da pena em *outros* ordenamentos jurídicos.

A inserção da pena de trabalho em benefício da comunidade situa-se numa época marcada pela perda de confiança do ideal reabilitador da prisão derivada da publicação de diversos estudos sobre o assunto, que vão desde as razões humanitárias a uma crise econômica estatal. Nesse marco, importante ressaltar o modelo explicativo exposto por YOUNG¹³⁷ sobre a história da pena de trabalhos em benefícios da comunidade, ressaltando os fatores que conduziram a introdução dessa pena no sistema de justiça criminal. Para o autor, os fatores mais importantes foram: a crise de legitimidade da prisão, impulsionada pela influência de críticas formuladas em razão do humanitarismo penal;¹³⁸ pela incapacidade da prisão no logro dos ideais ressocializadores;¹³⁹ pelos problemas envolvendo a superpopulação carcerária¹⁴⁰ e as condições econômicas.¹⁴¹

¹³⁷ YOUNG, *community service orders*, pp. 3 – 18.

¹³⁸ A modo de exemplo, também: Cid MOLINÉ, em: Cid MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.) *Penas alternativas a la prisión*, p. 17; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, pp. 43 e ss; KILCOMMINS, *The introduction of community service orders*, pp 485 e ss.

¹³⁹ Ver também, MUÑOZ CONDE, RCS 31 (1979), pp. 73 e ss; FEELEY/SIMON, *Criminology*, 4 (1992), pp. 539 e ss.

¹⁴⁰ YOUNG, op.cit., pp. 05 e ss; Cid MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, op.cit., pp. 12 e 13; KILCOMMINS, op.cit., pp. 470 e 471.

¹⁴¹ YOUNG, op.cit., p. 08; KILCOMMINS, op.cit., pp. 479 e ss.

Além desses fatores, fez-se necessária a busca de novas penas alternativas distintas das existentes, pois se percebeu que essas se tornaram ineficazes na solução dos problemas voltados a superpopulação carcerária e na redução da criminalidade;¹⁴² estes argumentos motivaram a introdução e a extensão de medidas como a compensação, o trabalho em benefício da comunidade, a *probation* e o arresto domiciliar.¹⁴³

Ademais, destaca-se também uma crescente *preocupação pública* na questão da segurança e na neutralização da criminalidade, o chamamento a uma maior atenção às vítimas do delito, à participação da comunidade na execução das penas, e a influência do movimento *Just deserts*.¹⁴⁴

2. O modelo continental

A partir de finais do século XIX, à medida que se começa a questionar o retribucionismo penal liberal, e com a emergência dos estudos criminológicos em conjunto com a filosofia do tratamento, inicia-se a dúvida sobre a eficácia reabilitadora das penas curtas de prisão, e com elas a de prisão que substituíra a multa inadimplida; a pauta, portanto, passa a ser o objetivo de diminuir a aplicação das penas curtas de prisão bem como o seu caráter dessocializador.¹⁴⁵ Para o grupo criminológico de delinquentes eventuais ou àqueles que praticam delitos com baixo potencial ofensivo, a prisão será entendida como uma fonte de contágio criminal, produzindo-se nesse período uma verdadeira guerra contra as penas privativas de liberdade de curta duração.¹⁴⁶ Por outro lado, houve manifestação no sentido de que

¹⁴² YOUNG, op.cit., pp. 06 e ss.

¹⁴³ Cid MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, op.cit., pp. 17 e 18.

¹⁴⁴ YOUNG, op.cit., pp. 10 e ss; Cid MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, op.cit., p. 18; KILCOMNINS, op.cit., p. 500; FEELEY/SIMON, op.cit., p. 449.

¹⁴⁵ ROLDÁN BARBERO, *El dinero*, p. 47; Cid MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, op.cit., p. 17; SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, pp. 243 e 244.

¹⁴⁶ ROLDÁN BARBERO, op.cit., p. 19.

o princípio da igualdade não era respeitado, uma vez que as penas de prisão acabavam sempre sendo impostas a delinquentes com escassos recursos financeiros, além dos altos custos sociais e econômicos que a prisão acarretava.

Concomitantemente a estas críticas, autores como BONNEVILLE DE MARSAGNY e FRANK, criaram algumas propostas dirigidas à introdução de alternativas nos sistemas de sanções, entre elas uma pena de trabalho de utilidade pública como substitutivos da privação da liberdade pela não satisfação da pena de multa.¹⁴⁷

Logo, os trabalhos de utilidade pública como forma de responsabilidade subsidiária pelo não pagamento da multa foram defendidos em alguns *Congressos Penitenciários*, tais como o de Roma em 1885 e a reunião constitutiva da *Internationale Kriminalitische Vereinigung* realizada em Bruxelas em 1889, por VON LISZT e GAROFALO, recebendo apoio incondicional pela doutrina alemã no *Juristentag* de 1895.¹⁴⁸

Em relação a esta função que a pena poderia desempenhar, os autores distinguiam entre os apenados que não queriam e os apenados que não podiam pagar a multa, reservando-se para estes últimos a proposta consistente na realização de um trabalho de utilidade pública para que com o saldo percebido o penado pudesse satisfazer a quantia devida pelo não pagamento da pena pecuniária.¹⁴⁹ No entanto, sustentaram-se fundamentalmente duas posições em torno do trabalho: uma liderada por SILVELA que advogava a imposição de um trabalho *sem remuneração*, para quem a aplicação obrigatória do mesmo representava a intervenção na liberdade do condenado que convertia a sanção em uma privação da mesma; e outra liderada por VON LISZT que defendia sua imposição *com remuneração* e sempre em liberdade.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Vid. BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 19.

¹⁴⁸ BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., pp. 19 e 20.

¹⁴⁹ ROLDÁN BARBERO, op.cit., p. 48.

¹⁵⁰ ROLDÁN BARBERO, op.cit., p. 48.

A proposta trazida à tona pela escola positiva italiana, e especialmente a de GAROFALO, resulta particularmente interessante, pois propunha a substituição das penas curtas de prisão (inclusive não tão curtas quando o delito era praticado por delinquentes eventuais) por um sistema de trabalho em liberdade cuja remuneração serviria, por um lado, para a indenização da vítima e por outro para o pagamento da multa devida.¹⁵¹

No entanto, a pesar dessas propostas doutrinárias, o trabalho de utilidade pública como pena substituta da multa não paga foi *timidamente* acolhida no ordenamento jurídico de alguns países entre finais do século XIX e princípios do século XX.¹⁵² As primeiras experiências no Direito comparado tiveram lugar na legislação florestal francesa de 1859 e na *Forstdiebsthalgesetz* prussiana de 1878 em que destinavam o trabalho na recuperação de bosques como forma de cumprimento da responsabilidade pelo não pagamento da multa causada por essas infrações.¹⁵³ Contudo, a extensão da pena a todo tipo de delito disposto no Código penal e em outras Leis penais especiais contaram com a dificuldade de dispor trabalhos para todos os apenados que não pudessem pagar a multa e se opusessem ao trabalho livre.¹⁵⁴

Posteriormente, o Código penal italiano de 1889 adotou os trabalhos de utilidade pública com a função de substituir a prisão causada pelo não pagamento da multa e como pena principal para infrações de baixo potencial ofensivo.¹⁵⁵ Por sua parte, a *Alemanha* introduz na sua legislação de multas de 1921 – 1924 os trabalhos de

¹⁵¹ GAROFALO, *Criminología*, p. 336.

¹⁵² BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 21.

¹⁵³ ROLDÁN BARBERO, op.cit., p. 49.

¹⁵⁴ Ressalta ROLDÁN BARBERO, op.cit., p. 49, que as classes mais oprimidas reagiram negativamente à extensão do trabalho penal, pois entenderam que o Estado tenderia a utilizar a condenados antes que a operários, pois resultava mais econômico.

¹⁵⁵ BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 21.

utilidade pública como forma de cumprimento pelo não pagamento da multa em todo território nacional.¹⁵⁶

Na *Espanha* o art. 179.7 do Código penal de 1928, seguindo as orientações de SILVELA, consolida a possibilidade de obrigar o devedor da multa considerado vago a trabalhar em obras públicas ou a interná-lo em casas ou asilos de trabalho, dedicando a metade da jornada para a satisfação da multa.¹⁵⁷ Por outro lado, o art. 180 do mesmo Código penal previa que a fraude na execução da multa podia acarretar na prisão do condenado (em caso de delito ou arresto no caso de falta) para que a remuneração adquirida com o trabalho sirva para compensar a multa.¹⁵⁸

Não obstante, a pesar da recepção dessa pena por parte dos diversos ordenamentos, a incidência prática da normativa prevista foi muito precária em todos os sentidos.¹⁵⁹ Isso porque diversos condicionamentos impediram a consolidação de tais propostas e principalmente a extensão de seu uso efetivo. Em *primeiro lugar*, as condições de trabalho livre não eram suficientemente dignas para possibilitar a consolidação de uma pena de trabalho exercido na comunidade não aflitiva em si mesmo;¹⁶⁰ em *segundo lugar*, porque era necessário desenvolver a difusão das idéias preventivo-especiais segundo as quais o trabalho de utilidade pública poderia substituir as degradantes penas privativas de liberdade de curta duração;¹⁶¹ em *terceiro lugar*, a sociedade civil não se encontrava nesse período suficientemente articulada para aceitar que o trabalho de utilidade pública pudesse ser prestado de distintas maneiras para o Estado e tampouco podia assumir as funções que lhes correspondem na execução das contemporâneas penas de trabalhos em benefício da comunidade; *por*

¹⁵⁶ BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., pp. 21 e 22.

¹⁵⁷ ROLDÁN BARBERO, op.cit., p. 51.

¹⁵⁸ MAPELLI CAFARENA, RDPC 5 (2000), p. 62.

¹⁵⁹ BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 22.

¹⁶⁰ KILCOMMINS, *The introduction of community service orders*, pp. 222 e ss.

¹⁶¹ BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 20.

último, nessa época também não havia se desenvolvido um conceito de tempo livre (ócio) como Direito, uma vez que estas penas não se dirigiam à privação do mesmo, senão ao emprego de um trabalho penal utilitário, que se percebe nitidamente na relação direta que se estabelecia entre os benefícios do trabalho remunerado e o não pagamento da multa ou a compensação econômica às vítimas do delito.¹⁶²

Todavia, parece que estas conclusões se desenvolveram pelo movimento reformador das décadas de 60 e 70 do século XX, em que os trabalhos em benefício da comunidade passam a ser introduzidos nos ordenamentos penais de vários países como instrumento capaz de (re) estabelecer a *confiança* do sistema penal, principalmente nas possibilidades ressocializadoras, uma vez que a prisão se destacava por ser uma instituição desumana e custosa para os cofres do Estado.

C. Expansão das *community sanctions* no Direito comparado

1. O reconhecimento da pena em resoluções internacionais

Além do impulso proporcionado pelos modelos anglo-saxônico e continental descritos no apartado anterior, é necessário salientar como elemento explicativo da expansão da pena de trabalhos em benefício da comunidade, sobretudo no âmbito do contexto europeu, algumas propostas internacionais.¹⁶³

Entre estas propostas, destaca-se primeiramente a *Resolução* (76) 10, adotada pelo *Conselho de Ministros* no dia 09 de março de 1976 na reunião 255 de delegados de

¹⁶² Vid. BLAY GIL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 50.

¹⁶³ Ademais de resoluções formais, estes trabalhos incluem pareceres fundamentados em experiências empíricas sobre a aplicação e resultados das penas alternativas à prisão, destacando o “Informe do Comitê Europeu de Problemas Criminais sobre a participação do público na política criminal” proferido em 1983. Por outro lado, destacam-se também as resoluções (65) 1, de 22 de janeiro, sobre suspensão, liberdade condicional e outras medidas substitutas das penas privativas de liberdade, (70) 1, de 26 de janeiro, sobre organização prática de medidas de vigilância, assistência e ajuda pós penitenciária para pessoas submetidas a uma pena ou a liberdade condicional. Ou as Recomendações R (83) 7, de 23 de junho, sobre a participação do público na política criminal e R (92) 17 sobre a coerência no pronunciamento das penas.

ministros, sobre “Determinadas medidas penais de substituição das penas privativas de liberdade”.¹⁶⁴ Esta resolução considera a *community service orders* inglesa a grande impulsionadora da expansão da pena de trabalho comunitário em diversos países que compõem o *Conselho de Europa* e por parte da doutrina espanhola como antecedente da introdução da pena no ordenamento jurídico espanhol.¹⁶⁵

Esta resolução recomendava aos Estados membros, no âmbito de uma política reducionista do uso da prisão e promoção de penas e medidas alternativas, o estudo da possibilidade de introduzir em seus ordenamentos jurídicos a pena de trabalho em benefício da comunidade, que oferece a oportunidade ao apenado de reparar de alguma forma o dano causado à sociedade, e à comunidade de participar ativamente na recuperação do condenado.

A esta resolução anexou-se um informativo no qual se valorou as *vantagens* e as *desvantagens* que podem comportar a introdução da pena de trabalho em benefício da comunidade nos ordenamentos jurídicos de diversos países. Das conclusões e recomendações cabe ressaltar a necessidade de um financiamento suficiente destinado ao cumprimento das sanções alternativas; e a necessidade de contar com a opinião positiva dos membros do poder judiciário para que as sanções alternativas ao cárcere possam ser aplicadas adequadamente.¹⁶⁶

As recomendações do VI Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do delito (1980) dirigiram-se na mesma linha da Resolução (10) do *Conselho de Europa* (76) em relação ao estudo tendente à introdução dos trabalhos comunitários nos ordenamentos penais de diversos países. Vale a pena mencionar também, as propostas estudadas no VII Congresso (1985), acolhidas na resolução 16 sobre Redução da

¹⁶⁴ Conselho de Europa 1976.

¹⁶⁵ ASÚA BATARRITA, em: *Estudios de Deusto*, p. 309; VALLDECABRES ORTIZ, em: VIVES ANTÓN (ed.) *Comentários ao Código Penal de 1995*, p. 339; CHOCLÁN MONTALVO, AP 8 (1997), p. 161; VAELLO ESQUERDO, em: Rosal Blasco (ed.) *Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995*, p. 36; PARES I GALES, CPC 64 (1998), p. 157; SERRANO PASCUAL, *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, pp. 107 e ss.

¹⁶⁶ Conselho de Europa 1976, p. 67.

população penitenciária, alternativas à prisão e integração social dos delinquentes.¹⁶⁷ Porém, o texto fundamental em matéria de penas alternativas à prisão pela ONU são as Regras Mínimas relativas às Medidas não Privativas de Liberdade, conhecidas como *Regras de Tóquio*. O texto foi adotado no marco do VIII Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (1990), prevendo que os trabalhos em benefício da comunidade, assim como outras medidas e sanções não privativas de liberdade possam ser aplicadas na fase processual e na fase de execução.

Desse singelo elenco de documentos internacionais se verifica, a modo de conclusão, a existência de um ambiente internacional *favorável* à expansão da aplicação de penas alternativas à pena privativa de liberdade, sobretudo a aposta nos trabalhos em benefício da comunidade, pois denota a confiança dos legisladores europeus nos potenciais punitivos e preventivos desta sanção, bem como em sua capacidade para tornar-se uma resposta sancionadora adequada para alguns dos problemas da criminalidade atual.¹⁶⁸ Nesse ambiente, um bom número de países europeus, tais como Alemanha, França e Bélgica, inspirados fortemente pela Resolução (10), 1976, do Conselho de Europa e a partir do exemplo do *community service* inglês acolheram em seus respectivos ordenamentos, cada um com suas peculiaridades¹⁶⁹, a figura dos trabalhos em benefício da comunidade como condenas passíveis de substituir a prisão e *humanizar* o Direito penal.

2. Difusão da pena a partir dos anos 70 em alguns ordenamentos jurídicos

¹⁶⁷ ASÚA BATARRITA, op.cit., p. 309.

¹⁶⁸ TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 119.

¹⁶⁹ Nesse sentido, verificar no contexto espanhol: ASÚA BATARRITA, op.cit., pp. 308 e 309; MIR PUIG, em: ASÚA BATARRITA (ed.) *jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, p.66; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 692; PARES I GALES, op.cit., p. 157; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ CPC, 70 (2000), p. 08; SANZ MULAS, em: DIEGO DIÁZ/SÁNCHEZ LÓPEZ (eds.), *Hacia un derecho penal sin fronteras*, p. 343. Na realidade brasileira: JESUS, *Regras de Tóquio*, pp. 33 e ss; GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, pp. 30 e ss; BITENCOURT, *Novas penas alternativas, passim*; CAPEZ, *Curso de Direito Penal. Parte Geral*, Vol. II, pp. 347 e ss. Fora desses contextos: TONRY/HAMILTON, *Intermediate sanctions in overcrowded times*, pp. 69 e ss; HARLAND, BLR 29 (1980), pp. 425 e ss; KILCOMMINS, *The introduction of community service orders*, pp. 429 e ss.

Na *década de 70* do século XX, além da consagração da *community service orders* no ordenamento inglês, destacam-se também a incorporação da pena nos ordenamentos penais de Luxemburgo e de alguns estados alemães.¹⁷⁰

No ano de 1976 foi introduzido no ordenamento *luxemburguês* os *travaux aux profit de la communauté*, que podem impor-se, conforme a solicitação do condenado, como substitutos da pena de prisão, mas também como obrigação imposta no caso de suspensão.¹⁷¹ A partir das modificações ocorridas no Código penal em matéria de penas, mais precisamente pela Lei de 13 de junho de 1994, podem impor-se entre 40 e 240 horas de *travail d'intérêt general* como pena principal caso o tribunal entender como uma conduta delituosa não merecedora de uma pena privativa de liberdade inferior a seis meses, com a previsão de que o apenado possa recusar a imposição dessa pena conforme dispõe o art. 22 do Código penal luxemburguês. O não cumprimento da pena de trabalho em benefício da comunidade leva o condenado ao cumprimento de uma pena de prisão que varia de dois meses a dois anos.

Já na legislação *alemã*, os *gemeinnützige Arbeiten* foram introduzidos formalmente como pena alternativa ou suplementaria desempenhando basicamente três funções: a primeira como uma condição de suspensão do procedimento penal e da pena;¹⁷² a segunda como forma de *probation*;¹⁷³ a terceira como forma de cumprimento da responsabilidade penal subsidiária pelo não pagamento da multa.¹⁷⁴

No entanto, desde a entrada da pena no ordenamento alemão, vem prevalecendo até agora uma resistência em aplicar a mesma como pena principal pelo papel central desempenhado pela multa no sistema penal. Isso porque existem certas dúvidas

¹⁷⁰ BLAY GIL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 59.

¹⁷¹ BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, pp. 30 e 31.

¹⁷² § 153, sec. 1 do Código de processo penal.

¹⁷³ § 56b, sec. 2 do Código penal.

¹⁷⁴ § 43 do Código penal.

acerca de se uma pena de trabalho em benefício da comunidade autônoma respeitaria a proibição constitucional sobre a imposição de *trabalhos forçados*;¹⁷⁵ e finalmente porque em diversos períodos se considerou que não se tratava de uma pena recomendável pela situação do mercado de trabalho.¹⁷⁶ Por outro lado, não foram poucas às vezes em que se manifestaram a respeito da capacidade educadora da pena, de modo que seu papel foi muito restrito à neutralização dos efeitos negativos da prisão sobre os internos e sobre o problema da superpopulação carcerária.¹⁷⁷

Na *década de 80*, pode-se destacar a introdução da pena de trabalho em benefício da comunidade na França, Irlanda, Itália e Holanda.

O *travail d'intérêt general* foi introduzido na França pela Lei de 30 de junho de 1983. Consistia na realização de uma prestação não remunerada, cuja jornada variava entre 40 e 240 horas – na atualidade, em razão das reformas ocorridas em 2004 no Código penal francês, entre 40 e 210 horas¹⁷⁸ –, a cumprir em um prazo máximo de 18 meses em benefício de uma autoridade pública, um estabelecimento público ou uma associação. Pode impor-se como pena substituta da prisão;¹⁷⁹ como pena acessória e como obrigação de cumpri-la em caso de suspensão da pena.¹⁸⁰ Em 1987 a aplicação da pena se estendeu a grande maioria dos delitos de trânsito de até seis meses de reclusão.¹⁸¹

¹⁷⁵ Art. 12, Sec. 3 da Lei Fundamental alemã.

¹⁷⁶ KILCOMMINS, op.cit., pp. 428 e 429.

¹⁷⁷ Vid. MESSNER/RUGGERO, em: RUGGIERO/RYAN/SIM (eds.) *Western European Penal Systems: a Critical Anatomy*, p. 141; WEIGEND, em: TONRY/FRASE (eds.) *Sentencing and sanctions in western countries*, pp. 190 e ss.

¹⁷⁸ Lei 204/2004 de 09 de março, art. 178, em *Journal Officiel* do dia 10 de março de 2004. O art. 174 reduz a doze meses o prazo máximo para o cumprimento das horas de trabalho determinadas em sentença. Também este mesmo artigo reformado prevê que o tribunal fixe também a pena de prisão e a multa que recairão sobre o condenado que não executa a pena de trabalho em benefício da comunidade.

¹⁷⁹ Art. 131 – 8 Código penal.

¹⁸⁰ Art. 132-54 e ss. do Código penal.

¹⁸¹ BLAY GIL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 60.

Ademais, pode-se destacar nesse período *duas questões* atinentes a aplicação dessa pena: o fato de que a maioria dos condenados passam a sê-lo por haver praticado infrações relacionadas com o trânsito e que anteriormente essas condutas não eram castigadas penalmente; e em segundo lugar, que a pena também exerceu a função de substituir a outras alternativas, além da prisão.¹⁸²

O *Criminal Justice Act* de 1983 introduziu as *community service orders* no ordenamento irlandês, utilizando como paradigma o modelo inglês. No entanto, surgem algumas diferenças elementares que impedem uma interpretação no sentido de que houve uma direta importação de um sistema a outro, entre as que se pode destacar o fato de que na Irlanda a pena de trabalho em benefício da comunidade aparece exclusivamente como alternativa à prisão.¹⁸³

Sobre a base da Resolução (76) 10 do *Comitê de Ministros do Conselho de Europa* e pela experiência considerada positiva em Inglaterra, o *Comitê de Penas Alternativas* propôs em 1979 a adoção da pena de trabalhos comunitários na legislação holandesa, que inicialmente foi introduzida de modo experimental em 1981.¹⁸⁴ Ao término do período experimental a pena foi introduzida no Código penal¹⁸⁵ em 1987 como pena substituta de uma pena de prisão de até seis meses ou de uma pena de prisão parcialmente suspensa por um período de até seis meses.¹⁸⁶ Para destacar a função de alternativa à prisão, antes de aplicar uma pena de trabalhos comunitários o juiz deve pronunciar-se sobre à prisão, tendo que justificar os motivos de tal substituição.¹⁸⁷ No entanto, depois de um parecer do Comitê Assessor responsável por analisar a

¹⁸² MAESTRACCI, *Le travail d'interet general*, p. 121; BOULOC, *Pénologie*, p. 251.

¹⁸³ KILCOMMINS, *The introduction of community service orders*, p. 433.

¹⁸⁴ TAK, em: TONRY/FRASE (eds.) *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, pp. 166 e 167.

¹⁸⁵ Sec. 22b – 22j.

¹⁸⁶ Sec. 22b do Código penal.

¹⁸⁷ KILCOMMINS, op.cit., p. 433.

aplicação de penas alternativas em 1991, o objetivo principal da pena deixou de ser meramente uma sanção alternativa à privação da liberdade, ainda que segue formalmente constituída como tal, para tornar-se fundamentalmente em uma pena *retributiva e disciplinadora*.¹⁸⁸

No ano de 1981, os trabalhos comunitários são introduzidos na *Itália* como forma de substituição da responsabilidade pessoal subsidiária pela falta de pagamento da multa. Em momento posterior, se atribuiu aos juízes de paz a prerrogativa de poder aplicar a pena de trabalho em benefício da comunidade como substituta de penas não privativas de liberdade¹⁸⁹ e atualmente atua como condição para a suspensão da pena.¹⁹⁰

Depois de permanecer praticamente uma década como castigo aplicado para menores infratores, os trabalhos de interesse geral foram introduzidos na legislação *belga* de adultos em 1994; suas principais funções foram as de impulsionar inicialmente um processo de mediação¹⁹¹ ou como condição para a suspensão da pena¹⁹². A introdução do artigo 216ter do Código de Instrução Criminal possibilitava primeiramente no ordenamento belga derivar a um procedimento de mediação aqueles supostos para os quais a pena prevista fora inferior a dois anos de prisão. A idéia do procedimento de mediação inserido em 1994 era a de oferecer às instâncias judiciais a possibilidade y os meios para reagir de forma mais célere à delinquência de baixa gravidade e combater o sentimento de impunidade que geravam os numerosos casos arquivados. Pretendia-se, dessa forma, contribuir para uma organização da vida em sociedade que aportara aos cidadãos a confiança na

¹⁸⁸ VAN SWAANINGEN/DE JONGE, em: RUGGIERO/SIM (eds.) *European Penal Systems: A critical Anatomy*, p. 37; BLAY GIL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 61.

¹⁸⁹ Cfr. Art. 54 do Decreto Legislativo de 28 de agosto de 2000.

¹⁹⁰ Art. 165 do Código penal operada pela Lei de 11 de junho de 2004.

¹⁹¹ Cfr. 216ter do Código de Instrução Criminal.

¹⁹² Lei de 10 de fevereiro de 1994, que reforma a Lei de 29 de junho de 1964 sobre suspensão da pena, suspensão condicional da pena e *probation*.

instituição judicial sem ter que recorrer sempre e em todo caso à prisão.¹⁹³ Já em 2002 a legislação belga passa a reconhecer os trabalhos de interesse geral como sanção autônoma para infrações de leve ou média gravidade, suprimindo, dessa forma, suas funções atribuídas anteriormente.¹⁹⁴ O artigo 7º, do Código penal belga estabelece em sua nova versão que as penas aplicáveis às infrações em matéria correcional e de policia são a prisão e a pena de trabalhos comunitários, de modo que se exclua a possibilidade de aplicar-se cumulativamente estas duas penas. A pena de trabalhos comunitários deve ser executada no prazo máximo de 12 meses seguintes à data em que a sentença torna-se firme.

Como se desprende desta breve análise, a aplicação dos trabalhos comunitários como sanção se difundiu desde os anos 1970 no Direito comparado com distintas funções e ampla importância prática, ainda que sejam poucas as legislações que o adotam como *pena principal*, a exceção dos ordenamentos de Inglaterra e Bélgica. Analisar-se-á nas páginas seguintes, como a pena de trabalho em benefício da comunidade foi introduzida nos ordenamentos penais de Espanha e Brasil.¹⁹⁵ No entanto, não se pretende exaurir todo o processo histórico e legislativo de consolidação dessa pena em ambas as legislações. Apenas se pretende ditar parâmetros genéricos para buscar entender em quais contextos, realmente, a pena objeto de estudo, foi instaurada, para mais adiante,¹⁹⁶ comparar o âmbito de aplicação e execução da mesma nos dois países.

3. Introdução da sanção nos ordenamentos jurídicos de Espanha e Brasil

¹⁹³ TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 217.

¹⁹⁴ Cfr. Lei de 17 de abril de 2002, que instaura a pena de trabalho de interesse geral como pena autônoma em matéria correcional e penal. O art. 7º, do Código penal belga estabelece em sua nova redação que as penas aplicáveis às infrações em matéria correcional e de policia são a prisão e a pena de trabalho, excluindo a possibilidade de aplicar estas duas penas cumulativamente. Porém, segundo DE LA COURT, RDPetC (2004), p. 12, nada obsta que se aplique cumulativamente uma pena de trabalho e uma de multa.

¹⁹⁵ Que também tiveram seus impulsos a partir dos anos 1990.

¹⁹⁶ Mais precisamente nos §3., §4., §5, e §6.

Não é até o projeto de Código penal espanhol de 1994 que por vez primeira surge em um texto *pré-legislativo* com referência a uma forma de trabalho que, tal e como havia sido configurada em alguns ordenamentos jurídicos, e a diferença das formas de trabalho até então experimentadas no âmbito do Direito penal, deveria ser voluntariamente assumida pelo condenado, executada de forma autônoma em relação com a prisão e da qual tinham que derivarem-se umas atividades em benefício da comunidade. Não obstante, é evidente também que a discussão sobre a pena de trabalho em benefício da comunidade estava presente na atividade legislativa espanhola desde o ano de 1980, quando o *Grupo Parlamentar Comunista* apresentou a emenda 933 ao artigo 100 do projeto de Código penal de 1980¹⁹⁷, projeto esse que tampouco foi discutido no ambiente legislativo antes que o governo o vetasse. Dois anos mais tarde, o mesmo grupo propôs novamente a inserção da integralidade da emenda no art. 74 ao projeto de reforma parcial do Código penal de 1982.¹⁹⁸ Com as emendas e propostas, o grupo parlamentar comunista pretendia incorporar na Lei penal uma nova sanção que se configurava como substituta e que devia permitir ao poder judiciário a substituição total ou parcial, tanto de penas privativas de liberdade inferiores a dois anos como de penas pecuniárias. No lugar destas, entraria em campo a obrigação de prestar um trabalho de utilidade social, que podia impor-se a instância do condenado, sempre e quando o trabalho fora suficiente para evitar que o condenado voltasse a delinquir. A duração das atividades devia ser, conforme a proposta comunista, equivalente à pena substituída e se estabelecia a execução em hospitais, asilos, centros assistenciais, educativos ou similares, sempre fora do

¹⁹⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CPC, 70 (2000), p. 05.

¹⁹⁸ ASÚA BATARRITA, em: *Estudios de Deusto*, 1984, p. 309.

O art. 74 dispunha que:

“Tanto as penas privativas de liberdade inferiores a dois anos, como as multas, poderão substituir-se total ou parcialmente pelo Tribunal, a instância do condenado, pela prestação de um trabalho de utilidade social, quando o mesmo baste para evitar que o sujeito volte a delinquir.

A duração do trabalho será a correspondente à pena substituída. O trabalho se realizará com preferências em hospitais, asilos, centros assistenciais, educativos ou similares, e fora do horário laboral do pessoal dos mesmos.

A solicitação de substituição poderá apresentar-se também durante o cumprimento da pena, ainda que em regra geral em uma só ocasião.

Se o trabalho não for prestado satisfatoriamente, o Tribunal poderá impor em seu lugar a execução da pena substituída. Se o sujeito deixar maliciosamente de realizar o trabalho, o Tribunal poderá optar por impor a execução da pena substituída ou uma pena privativa de liberdade de mesma duração.”

horário normal de trabalho. Nos casos em que o trabalho não fosse cumprido, a proposta previa duas reações. Neste sentido, se o trabalho não se prestava satisfatoriamente, o tribunal podia impor a execução da pena substituída, enquanto que, ao contrário, o condenado deixasse de prestar o trabalho intencionalmente, o tribunal podia optar por impor a pena inicialmente substituída ou uma pena privativa de liberdade com a mesma duração.

A regulação proposta pelo grupo parlamentar comunista em 1980 e 1982 manteve um duplo interesse. Em *primeiro lugar* pelo fato de constituir o primeiro intento de introduzir no ordenamento penal espanhol uma pena que havia obtido resultados positivos em outros ordenamentos jurídicos do âmbito europeu¹⁹⁹ e que havia sido reconhecida e recomendada pelo próprio *Conselho de Europa*.²⁰⁰ Em *segundo lugar*, porque a regulação que se propôs era muito mais abrangente que a adotada quinze anos depois no Código penal de 1995. Assim, se mantém a idéia de atuar como alternativa de penas privativas de liberdade e também no âmbito da multa, mas se reduziu consideravelmente seu grau de aplicação em virtude do previsto nos anos 1980 e 82. Cabe ressaltar, no entanto, que alguns dos aspectos que apontavam as propostas de princípios da década de 80, foram abraçados nas reformas legais operadas no ano de 2003 em especial a LO 15/2003, que ampliou a aplicabilidade da pena como substituto da prisão. Porém, outras propostas comunistas não se concretizaram, por exemplo, a previsão que a aplicação se fizera “a instância do condenado”, em que se reduziu ao simples consentimento deste; a indefinição a respeito do caráter não remunerado da prestação, que é atualmente um dos seus elementos fundamentais de aplicação; a previsão que os trabalhos se desenvolvessem fora do horário laboral do pessoal que trabalha nos centros, que pretendia evitar a

¹⁹⁹ Interessante análise de VALMAÑA OCHAÍTA, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho Penal español*, p. 175, em que estabelece uma comparação entre a proposta comunista e os *community service orders* já aplicado no ordenamento inglês.

²⁰⁰ Em especial a Resolução (76) 10, adotada em 09 de março de 1976, sobre determinadas medidas penais substitutivas das penas privativas de liberdade; a Recomendação (92) 16, que estabelece as Regras europeias sobre sanções e medidas comunitárias e, posteriormente a Recomendação (2000) 22 para melhorar a implementação das regras europeias sobre sanções e medidas comunitárias.

exclusão de postos de trabalho; e *por último* a indeterminação sobre a duração da pena.²⁰¹

Ademais, é importante dizer que tampouco as propostas de Anteprojeto do novo Código penal de 1983²⁰² e do Projeto de Código penal de 1992 não trouxeram em suas redações originárias *nenhuma* referência a esta pena. É justamente a base das emendas 333 e 334 que o grupo parlamentar catalão apresentou a este último projeto, que se pôs em marcha a trajetória que deveria permitir a entrada dos trabalhos em benefício da comunidade no ordenamento jurídico penal espanhol.²⁰³ Se bem a dissolução das Cortes em 12 de abril de 1993 supôs a caducidade do projeto de 1992, os frutos da discussão gerada em relação com a pena de trabalhos se plasmaram na redação do artigo 48 do Anteprojeto de Código penal de 1994. O texto do preceito merece destaque pelo fato de constituir a primeira aparição pública dos trabalhos em benefício da comunidade num texto legislativo, porém sua regulação era tão escassa que, em geral, as valorações que se deram não foram consideradas positivas.²⁰⁴ A regulação que oferecia a normativa do artigo se reduzia a estabelecer que o trabalho em benefício da comunidade “*terá uma duração mínima de 20 horas e máxima de 120 horas. As circunstâncias de sua execução se estabelecerão regulamentariamente.*” Diante de uma regulação tão precária, diversas críticas surgiram com o intuito de valorizar mais o conteúdo da pena e sua aplicabilidade. O próprio CGPJ emitiu um parecer no que deixava claro que, a pesar de conceber os trabalhos em benefício da comunidade como uma pena nova para combater a pequena e media criminalidade e orientada para evitar a imposição de penas de prisão, existiam determinado fatores da regulação do Anteprojeto que foram objeto

²⁰¹ Vid. ASÚA BATARRITA, em: *Estudios de Deusto*, 1984, pp. 323 e ss; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 270 e 271.

²⁰² ASÚA BATARRITA, op.cit., 310; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *La Ley 1194* (1985), p. 1075; TORRES ROSELL, op.cit., p. 271.

²⁰³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 09; VALLDECABRES ORTIZ, em: VIVES ANTÓN (ed.) *Comentarios al CP de 1995*, p. 337.

²⁰⁴ TORRES ROSELL, op.cit., p. 271.

de reprovação.²⁰⁵ Em *primeiro lugar*, o CGPJ destacava a posição dos trabalhos em benefício da comunidade entre as penas privativas de direitos, quando não deixava claro qual Direito seria afetado pela imposição da pena. Em *segundo lugar*, se criticava que não se recorreu na futura *Ley Orgánica* o conteúdo essencial da pena, o que podia levar a considerá-la uma pena em branco, supostamente contrária aos artigos 25.1 e 81.1 da Constituição espanhola. Nesse sentido, o CGPJ advertia que acrescentar ao nome da pena sua duração mínima e máxima, podia resultar insuficiente. Seria necessário, portanto fazer uma previsão cuidadosa sobre sua execução concreta.²⁰⁶

A consequência das críticas do CGPJ e levando-as em consideração, o Projeto de Código penal de 1994 incorporou esta pena em seu artigo 49 com uma regulação um pouco mais sofisticada, que em todo caso deveria ser submetida a uma detalhada revisão. Estabelecia o art. 49 que os trabalhos em benefício da comunidade, “*que não poderão impor-se sem o consentimento do penado, obrigam ao mesmo a prestar sua cooperação não retribuída em determinadas atividades de utilidade pública. Sua duração diária não poderá exceder a oito horas. As demais circunstâncias de sua execução se estabelecerão regulamentariamente.*” Se introduzia nesta nova normativa elementos que em ordenamentos de outros países eram constantes: a necessidade de consentimento do apenado, a não retribuição pelos serviços, a utilidade pública da atividade e também a previsão diária já estabelecida na norma penal. Desaparecia do texto, portanto, o máximo de horas a serem cumpridas – questão que havia sido considerada nos projetos anteriores. É fundamental ressaltar que durante a tramitação do Projeto de 1994 em sede parlamentar se apresentaram distintas emendas, oriundas de diversos grupos parlamentares IU²⁰⁷ – IC, *Coalición*

²⁰⁵ Vid. “Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal del Consejo General del Poder Judicial”, RDPC 4 (1999), pp. 137 e ss.

²⁰⁶ BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 113; TORRES ROSELL, *op.cit.*, p. 271.

²⁰⁷ Com a emenda 662, o G.P. IU – IC propôs eliminar do texto a remissão que este fazia em âmbito regulamentar às outras circunstâncias da normativa da pena de trabalhos em benefício da comunidade e determinar, por outro lado, que o restante de circunstâncias de sua execução se estabelecerá por Lei. Já a emenda 688 do mesmo grupo parlamentar propôs acrescentar ao art. 89 bis um segundo parágrafo a este preceito com a seguinte redação: “2. También podrán los Jueces o Tribunales, en previa

Canaria e G.P. Catalán (CiU), que colocariam de manifesto que a pesar do avanço sobre o conteúdo dessa pena, a redação ainda não era suficiente e nem satisfatória para colocá-la em prática. O grupo catalão propunha em sua emenda 1101, acrescentar um novo apartado no próprio art. 49 dispondo que:

- “1. Os trabalhos em benefício da comunidade não poderão exceder a oito horas*
- 2. A duração desta pena não será inferior a 40 horas nem superior a 280, e seu cumprimento não poderá supor uma interferência nas atividades formativas e/ou laborais do réu*
- 3. Das observâncias do cumprimento desta pena e suas incidências, informarão ao Juiz ou Tribunal os serviços correspondentes do Ministério de Justiça ou da Administração autónoma competente.”*

Com essa emenda, pretendia-se introduzir na normativa a duração mínima e máxima da jornada diária da pena e acrescentar *dois elementos* que deveriam ser especialmente relevantes no momento da execução: às atividades que deveriam ser prestadas pelo apenado e o controle judicial da execução da pena. No entanto, a Comissão de Justiça do dia 17 de maio de 1995 rejeitou a emenda apresentada pelo Grupo Catalão e aprovou o artigo 49 do projeto por 20 votos a favor e 15 abstenções. Alguns dias depois, em 31 de maio, também o Grupo parlamentar Vasco expressava sua inconformidade pelo fato de que o projeto de Código penal não fizera previsão em sua regulação e que o grupo denominava *Serviços de utilidade social* e que havia apresentado para ser introduzido a partir da emenda 19 ao artigo 89 bis.²⁰⁸

conformidade do réu, substituir as penas privativas de liberdade inferiores a dois anos por trabalhos em benefício da comunidade. Cada semana de prisão e cada arresto de fim de semana serão substituídos respectivamente por quatro e duas jornadas de trabalho”. A motivação para a criação dessa emenda baseava-se fundamentalmente no fato de que os trabalhos em benefício da comunidade poderiam ser utilizados, também, para substituir a prisão e não apenas a pena de arresto de fim de semana.

²⁰⁸ TORRES ROSELL, op.cit., p. 274. O texto do artigo 89 bis conforme a emenda 19 apresentada pelo Grupo parlamentar Vasco dispunha que: 1. *Os Juízes ou Tribunais poderão substituir, com a prévia conformidade do Ministério Público, vistas as possibilidades efetivas de cumprimento, na forma que regulamentariamente se determine, as penas de prisão que não excedam de dois anos ou outras penas não graves por um serviço de utilidade social.* 2. *O serviço de utilidade social consistirá na prestação de uma colaboração ou trabalho em centros assistenciais, educativos, ou sanitários de caráter não lucrativo. As características desta prestação se estabelecerão através das regulamentações*

No entanto, em resposta às emendas anteriores e às posições do grupo parlamentar Vasco, o partido socialista manifestou durante a tramitação parlamentar sua esperança de poder chegar a um consenso que poderia resultar na melhoria da norma que regulava a pena de trabalhos em benefício da comunidade. Na sessão dada em plenário no dia 22 de junho de 1995, este grupo ofereceu uma nova redação do texto legal através de uma *emenda transaccional* na qual se previa uma redação mais rigorosa dessa pena.²⁰⁹ O novo texto pretendia submeter a duração proposta para os trabalhos para o dispositivo que tratava a pena como substituto do arresto de fim de semana. A emenda transaccional foi finalmente aprovada no dia 22 de junho de 1995 por 168 votos a favor, um em contra e 115 abstenções, e a redação definitiva que deveria adotar o art. 49 no Código penal de 1995, já aparecia no Projeto de *Ley Orgánica* aprovado pelo plenário do Congresso em sessão no dia 5 de junho.²¹⁰

Essas emendas postularam o papel substituto das penas privativas de liberdade inferiores a dois anos, de outras penas não graves, da pena de multa e como imposição alternativa ao arresto substitutivo por falta de pagamento da multa. As mesmas emendas predeterminaram não apenas a regulação normativa, mas também a função que esta pena se desempenhara no projeto de CP de 1994. Estas propostas pré-legislativas levaram finalmente a destacar em seu art. 48 que esta sanção teria uma duração mínima de 20 horas e máxima de 120 horas e que as circunstancias de sua execução se estabeleceriam de forma regulamentar.

Desse modo, e já de maneira definitiva, o projeto de CP reservou à sanção de trabalhos em benefício da comunidade o papel de substituir a responsabilidade

correspondentes do Ministério da Justiça ou das Comunidades Autônomas com competências. 3. O serviço de utilidade social suporá um mínimo de 20 horas e um máximo de 60 para as penas leves e um mínimo de 61 e um máximo de 600 para as menos graves. 4. A imposição desta pena substitutiva deverá contar com a prévia aceitação desta prestação por parte do condenado. Portanto, essa proposta se destaca pela previsão que se fazia em torno dos trabalhos em benefício da comunidade como pena substituta da prisão de até dois anos e também para outras penas não graves.

²⁰⁹ GARCÍA ARÁN, CJ, 38 (1996), p. 38.

²¹⁰ Vid. BOE de 19 de julho de 1995.

subsidiária pela falta de pagamento da multa e a pena de arresto de fim de semana. Assim, o art. 49 do projeto de CP estabelecia uma regulamentação geral da sanção dispondo que: “*Os trabalhos em benefício da comunidade, que não poderão impor-se sem o consentimento do apenado, obrigam ao mesmo a prestar sua cooperação não retribuída em determinadas atividades de utilidade pública. Sua duração diária não poderá exceder a oito horas. As demais circunstâncias de sua execução se estabelecerão de forma regulamentar.*”²¹¹

Esta nova proposta originou outras tantas *discussões* no parlamento, desde o âmbito do questionamento da admissibilidade de uma regulação com classe de Lei de execução de penas até o âmbito do entendimento em que se interpretaria a modalidade de substituição da pena privativa de liberdade *não* inserida no rol das penas privativas de direitos.²¹² Também pensaram os legisladores em novas propostas de regulamentação geral da pena, no sentido de estabelecer limites de horários em sua duração assim como de definir mais claramente o princípio de compatibilidade das tarefas laborais dos apenados. Ademais, se pretendeu reforçar o papel da pena como substituta do arresto substituto pelo não pagamento da multa, tentando abranger também os casos de responsabilidade subsidiária por falta de abono da multa proporcional. Posteriormente se debateu no sentido de ampliar a aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade como substituto de *todas* as penas privativas de liberdade de curta duração, estendendo seu protagonismo além dos arrestos de fim de semana.²¹³

Com isso surge a LO 15/2003 com o objetivo de reformar a Lei 10/1995 de novembro que regulava o Código penal. Assim, dita Lei, tem como objetivo o regime de penas e sua aplicação; a reforma do Código penal pretende a adaptação dos tipos

²¹¹ Vid. Os arts. 53.1 e 89 do projeto de Código penal de 1994 (BOCG, seção Congresso, série A, núm. 77-1, 26 de setembro de 1994, p. 16 e 21).

²¹² BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, pp. 114 e 115.

²¹³ BRANDARIZ GARCÍA, *op.cit.*, pp. 114 e ss.

já existentes e a introdução de novos tipos penais, com a finalidade de conseguir que o ordenamento penal dê uma resposta objetiva à realidade delitiva.

Algumas modificações importantes foram realizadas de tal sorte que fortalece a pena de trabalhos em benefício da comunidade como pena em si,²¹⁴ buscando, conforme a *Exposição de Motivos*, potencializar e melhorar substancialmente a eficácia desta pena, “*não só por sua aplicação a um maior número de delitos e faltas, senão pela incorporação ao Código penal do regime jurídico de seu não cumprimento*”. Esta vontade se concretiza em *primeiro lugar* no art. 33 do Código penal que passa a classificar a pena de trabalhos em benefício da comunidade como pena leve quando sua duração for fixada entre um e 30 dias (art. 33.4.h), e pena menos grave quando for fixada em 31 a 180 dias (art. 33.3.k); em *segundo lugar*, em alterações e adições ao art. 49 que regula a sanção²¹⁵; em *terceiro lugar* em modificações no art. 88 do

²¹⁴ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 702; BOLDOVA PASAMAR, em: GRACIA MARTIN (ed.) *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, pp. 151 e ss.

²¹⁵ “Art. 49. Os trabalhos em benefício da comunidade, que não poderão impor-se sem o consentimento do penado, lhe obriga a prestar sua cooperação não retribuída em determinadas atividades de utilidade pública, que poderão consistir, em relação com delitos de similar natureza ao cometido pelo apenado, em labores de reparação dos danos causados ou de apoio ou assistência às vítimas. Sua duração diária não poderá exceder a oito horas e suas condições serão as seguintes:

1ª. A execução se desenvolverá sob o controle do Juiz de Vigilância Penitenciária, que, a tal efeito, requererá os informes sobre o desempenho do trabalho à Administração, entidade pública ou associação de interesse geral em que se prestam os serviços.

2ª. No atentar a dignidade do apenado.

3ª. O trabalho em benefício da comunidade será facilitado pela Administração, a qual poderá estabelecer os convênios oportunos a tal fim.

4ª. Gozará da proteção dispensada aos apenados pela legislação penitenciária em matéria de Seguridade Social.

5ª. Não se submeterá ao logro de interesses econômicos.

6ª. Os serviços sociais penitenciários, feitas as verificações necessárias, comunicarão ao Juiz de Vigilância Penitenciária as incidências relevantes da execução da pena e, em todo caso se o apenado:

- a) Ausenta-se do trabalho durante ao menos duas jornadas laborais, sempre que isso suponha um rechazo voluntário por sua parte ao cumprimento da pena.
- b) A pesar dos requerimentos do responsável do centro de trabalho, seu rendimento fora sensivelmente inferior ao mínimo exigível.
- c) Se opuser ou descumprir de forma reiterada e manifesta as instruções que lhe deram pelo responsável da ocupação referida ao desenvolvimento da mesma.
- d) Por qualquer outra razão, sua conduta for tal que o responsável do trabalho negar-se a seguir mantendo-lhe no centro.

Uma vez valorado o informe, o Juiz de Vigilância Penitenciária poderá acordar sua execução no mesmo centro, enviar ao apenado para que finalize a execução da mesma em outro centro o entender que o apenado cumpriu a pena.

Código penal, sobre a substituição, em parte consequência da supressão da pena de arresto de fim de semana do ordenamento; em *quarto lugar*, nove artigos da parte especial recorrem aos trabalhos em benefício da comunidade como pena direta opcional.²¹⁶

Por último, surge a LO 15/2010, de 22 de junho, com o intuito de modificar a LO 10/1995, de 23 de novembro, do Código penal e que entra em vigor em 23 de dezembro de 2010. Embora não muito significativa, essa alteração veio a inserir no corpo do artigo 49 “*a participação do penado em oficinas ou programas formativos ou de reeducação, laborais, culturais, de educação de trânsito, sexual ou outros similares.*” Desse modo, o legislador espanhol veio a dar cobertura legal à previsão que, em relação com os delitos contra a segurança no trânsito, contém o apartado 4 do artigo 6 do RD 1849/2009, de 4 de dezembro, pelo que se modifica o RD 515/2005, de 6 de maio, que estabelece as circunstâncias de execução das penas de trabalhos em benefício da comunidade e de localização permanente, de determinadas medidas de segurança, assim como da suspensão da execução da pena de prisão.

No *Brasil*, a primeira aparição da pena de prestação de serviços à comunidade com os propósitos de substituir a prisão deu-se com a Lei 7.209/84 que reformou a parte geral do Código Penal de 1940, classificando essa pena como restritiva de direito,²¹⁷ cujo objetivo principal foi proporcionar ao condenado uma *recuperação* longe do

Em caso de não cumprimento, se deduzirá testemunho para proceder em conformidade com o artículo 468.

7ª. Se o apenado faltara do trabalho por causa justificada não se entenderá como abandono da atividade. Não obstante, o trabalho perdido não será computado na liquidação da condena, na que se deverão fazer constar os dias ou jornadas que efetivamente houvesse trabalhado do total que lhe havia imposto.”

²¹⁶ Art. 153 (lesões ou maus tratos no âmbito familiar), art. 171.4 e 5 (violência de gênero e ameaças leves no contexto de violência doméstica), art. 172.2 (violência de gênero), art. 244.1 (furto de uso de veículo a motor), art. 379 (condução de veículos embriagado), art. 618.2 (falta do cumprimento das obrigações familiares), art. 620 (ameaças, injúrias ou vexames leves), art. 626 (deslucimento de bens imóveis) e art. 632 (danos a flora ameaçada), todos do Código penal espanhol reformados pela LO 15/2003 de 25 de novembro.

²¹⁷ Art. 43: As penas restritivas de direitos são: “I – Prestação de serviços à comunidade; II – Interdição temporária de direitos; III – Limitação de fim de semana.”

sistema carcerário,²¹⁸ fixando o texto os requisitos e critérios norteadores da substituição.²¹⁹

Assim, para dotar de força coativa o cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade, previu-se a conversão dessa modalidade de sanção em privativa de liberdade, pelo tempo da pena aplicada, se injustificadamente descumprida a restrição imposta. A conversão doutra parte, far-se-á se ocorrer a condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, em que a execução não tenha sido suspensa. Num primeiro momento, aplicavam-se aos delitos dolosos cuja pena, concretamente aplicada, fosse inferior a um ano e aos delitos culposos de modo geral, resguardando-se em ambas as hipóteses o prudente arbítrio do juiz. A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias do crime, é que dariam medida de conveniência da substituição.²²⁰

A pena de prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, sendo uma obrigação de fazer algo pessoalmente a serviço do Estado ou de entidades privadas que desempenhavam funções de interesse geral.²²¹ Assim, a redação original do art. 46 dispunha que: “*A prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas, durante oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.*”

²¹⁸ COSTA, *Penas Alternativas*, p. 77.

²¹⁹ Exposição de Motivos do Código penal com as alterações previstas pela Lei 7.209/84.

²²⁰ Exposição de Motivos do Código penal com as alterações previstas pela Lei 7.209/84.

²²¹ FRANCO, em: *Temas de Direito penal*, p. 139; DOTTI, em: *Reforma Penal*, p. 109; JESUS, *Código penal anotado*, p. 128.

Não obstante, o fortalecimento e a importância da pena de prestação de serviços à comunidade no ordenamento penal brasileiro surgiram devido à participação do país em alguns *Congressos* organizados pelas Nações Unidas, como por exemplo, o 6º Congresso que enfatizava a necessidade não somente da redução do número de reclusos, mas, sobretudo pela oportunidade de soluções alternativas à prisão, bem como o objetivo de reinserir socialmente os delinquentes e o 8º., Congresso realizado no dia 14 de dezembro de 1990, recomendou a adoção das regras mínimas sobre penas alternativas – *Regras de Tóquio* –, pela Resolução 45/110 da Assembléia Geral. Ditas participações fizeram com que o país aderisse a essas recomendações, uma vez que, pela experiência em outros países, essas penas poderiam ser perfeitamente aplicadas com a finalidade de satisfazer os requisitos nos quais tais congressos buscavam, causando, nesse sentido, pouca deliberação parlamentar, já que o principal problema da política criminal brasileira centrava-se no fato de se utilizar em demasia a pena de prisão. Levavam-se em consideração os enormes danos que essa medida causava à sociedade civil e ao Estado, sendo necessária a busca por soluções alternativas a esse problema com caráter de urgência.²²²

Ademais, a participação do Brasil nos meses de abril e maio de 1995 no 9º. *Congresso das Nações Unidas*, realizado em Viena, foi fundamental para que o país buscasse adotar novas penas alternativas à prisão. Durante o Congresso, foram apurados dados surpreendentes e muito otimistas sobre estas novas consequências punitivas e, conforme algumas experiências vividas por outros Estados-membros participantes, a proposta das Nações Unidas havia alcançado resultados satisfatórios, pois em países em que essas penas, principalmente a pena de prestação de serviços à comunidade, o índice de reincidência e criminalidade havia *diminuído* consideravelmente.²²³ Assim, a delegação brasileira presente ao evento, se comprometeu em desenvolver uma normativa capaz de inseri-la no ordenamento

²²² JESUS, *Penas alternativas*, pp. 41 e ss; DOTTI, *Bases e alternativas para o sistema de penas*², *passim*; OLIVEIRA, *Política criminal e alternativas à prisão*, pp. 05 e ss; BITENCOURT, *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*, pp. 21 e ss; GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, pp. 21 e 22.

²²³ Vid. PIMENTA, *Da pena de prisão às alternativas*, disponível em: www.suigeneris.pro.dir/direito_dp_25htm. Acesso em 17.02.2008.

jurídico de forma mais eficaz e contundente, o que fez surgir posteriormente a Lei 9.714/97, que alterou os artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Código penal.

Do Projeto de Lei 2.684/96, que tratava da regulamentação das penas alternativas, foi relator o Deputado *Ibraim Abi-Ackel* e sua aprovação no Congresso Nacional se deu sem maiores objeções em março de 1998, porém com emendas, das quais foram rejeitadas posteriormente pela Câmara dos Deputados onde a deliberação sobre o projeto havia iniciado. O projeto foi sancionado em 25 de novembro de 1998 e a Lei 9.714/98 foi publicada no dia 26 de novembro de 1998 e entrou em vigor na mesma data. Com isso, a nova Lei além de ampliar o campo de atuação dessa pena reformulou o texto do art. 46 do Código penal, proporcionando uma regulamentação mais clara e objetiva em relação à aplicação e execução da prestação.²²⁴

A atual regulamentação dispõe que a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade e que se a pena substituída for superior a um ano, faculta ao condenado cumprir a pena em menor tempo, nunca inferior a metade da pena privativa de liberdade fixada, requisitos que não eram considerados pela normativa anterior do art. 46 do mesmo Código.

O aperfeiçoamento da modalidade de prestação de serviços à comunidade no Direito brasileiro depois da Lei 9.714/98 foi reconhecido pela oportunidade do infrator de menor potencial ofensivo se recuperar próximo do convívio social e familiar, cujos recursos e afetos não seriam encontrados no sistema carcerário.²²⁵ Foi com estes

²²⁴ Atual redação do art. 46 do Código penal: “A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade. § 1º. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. § 2º. A prestação de serviços à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. § 3º. As tarefas a que se refere o § 1º. Serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. § 4º. Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.”

²²⁵ JESUS, *Penas alternativas*, p. 156; SZNICK, *Penas alternativas*, p. 159; FERREIRA, *Aplicação da pena*, p. 184; GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 140; CRUZ, *As penas alternativas no*

objetivos que o legislador brasileiro ampliou o sistema de penas apostando na credibilidade deste instituto que não deixa de ser um mecanismo complementar ao cárcere uma vez que resguardou o Direito de convertê-la em pena privativa de liberdade, quando o beneficiário não cumpra as exigências estabelecidas no momento da concessão e através da equidade, respeitando à pessoa humana do beneficiado, estabeleceu a conversão apenas sobre o tempo restante a ser cumprido.²²⁶

4. Alguns pontos de partida

A introdução do elemento trabalho no sistema de penas dos Códigos penais contemporâneos, sobretudo os de Espanha e Brasil tem fundamentalmente *pouco* que ver com os objetivos utilitaristas suplantadores da escassez de mão-de-obra que se perseguiram com a implementação dos trabalhos em outros momentos históricos, época em que não levava em conta o consentimento do apenado e pelo fato de que inúmeras vezes o condenado trabalhava como forma de evitar a pena capital. Encontra-se longe também dos objetivos correccionalistas das casas de correção na *Idade Moderna*, assim como do trabalho prestado nas oficinas penitenciárias dos sistemas de *Auburn* e Progressivos que, aparte de determinados objetivos econômicos, pretendia dotar de conteúdo reabilitador a mera privação de liberdade.²²⁷

Em definitivo, os trabalhos penais e penitenciários desenvolveram-se quase sempre em busca das finalidades que a história e sua trajetória se encarregaram de outorgar em cada período um maior ou menor grau relativo: a instrução para a capacitação de uma vida dentro das margens da legalidade, e a utilização dos apenados com objetivos produtivos no mercado laboral.²²⁸ Os trabalhos em benefício da comunidade, tal e como se debateram nos projetos de Leis penais prévios a

direito pátrio, pp. 104 e ss; MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, pp. 270 e ss; CAPEZ, *Curso de Direito Penal. Parte Geral*, p. 365; NEVES, *Penas restritivas de direitos*, p. 172.

²²⁶ COSTA, *A dignidade da pessoa humana diante da sanção penal*, p. 80.

²²⁷ Vid. ASÚA BATARRITA, em: *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, p. 958.

²²⁸ TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 275.

elaboração do Código de 1995 espanhol e da Lei 9.714/98 que ampliou e deu mais sustentabilidade as penas alternativas no Brasil, compartiam apenas com a primeira destas finalidades algumas características. Reconhecia-se a possibilidade de conceder certa instrução aos condenados, mas na verdade o que se pretendia, principalmente na Espanha onde as deliberações parlamentares foram mais contundentes, era dar uma resposta às críticas doutrinárias generalizadas que fazia eco em direção à *redução* da aplicação das penas privativas de liberdade de curta duração.

No capítulo seguinte, analisar-se-á se o conteúdo punitivo da contemporânea pena de trabalho em benefício da comunidade, de modo geral, porém abordando sempre que possível a normativa vigente em ambos os países, aspira a conseguir o *status* de resposta penal coerente e útil ao delito. Vale dizer, que se proponha como resposta adequada ao delito com finalidades de prevenção à criminalidade, guiada em todos os casos pelos princípios basilares de proporcionalidade e humanidade das penas. Por esse motivo, na seguinte análise das diferentes teorias que pretenderam explicar os fins da pena não se propõe esclarecer qual das diferentes posições é a mais idônea para explicar em abstrato as justificativas da pena, e sim buscar *melhor conjecturar* quais destas teorias dão sentido à pena de prestação de serviços à comunidade.

§ 2. Fundamentos e justificativas do trabalho em benefício da comunidade conforme as teorias da pena

I. Justificativa de toda sanção penal

A. Introdução

Neste capítulo se pretende analisar a capacidade da pena de trabalhos em benefício da comunidade de satisfazer as *finalidades* tradicionalmente concedidas aos castigos em geral para avaliar qual resulta a mais concisa fundamentação para esta pena. Analisar-se-ão as exigências que cada uma dessas finalidades impõe à configuração legal, aplicativa e executória da pena objeto de estudo.

Não se pretende traçar uma solução definitiva sobre a discussão acerca da justificativa de todo castigo penal. Pretende-se exclusivamente expor as distintas teorias que justificam a pena, e sem prejudicar sua benevolência ou malevolência, simplesmente examinar, no marco de cada uma delas, se a pena de trabalhos em benefício da comunidade tem capacidade para preencher seus requisitos.

Conseqüentemente, não se considerou necessário um exame exaustivo que compreendam todas e/ou cada uma das formulações das distintas teorias que justificam a imprescindibilidade das penas para o exercício do *jus puniendi* estatal, considerando-se suficiente uma breve exposição do tema.

Optou-se por diferenciar entre teorias da retribuição/absoluta e teorias da prevenção (prevenção geral, reabilitação, incapacitação); esta divisão aproxima-se de outras igualmente válidas, como as teorias que enxergam em direção ao passado/futuro e teorias utilitaristas/não utilitaristas, bem como as teorias unificadoras e o papel dos trabalhos em benefício da comunidade no contexto da justiça restaurativa. Portanto, é possível que essas espécies de reflexões se relacionem em determinados momentos,

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

porque o papel mais importante das teorias do castigo não seja talvez a mera justificativa teórica do sistema punitivo, e sim pôr em relevo os *elementos críticos* necessários para garantir que a extensa máquina penal do Estado esteja sujeita a um exame minucioso e a constantes críticas normativas, articulando os axiomas segundo os que se deve julgar-se, e questionando os preceitos sobre os quais se baseiam. Toda teoria da pena deve, portanto, ser capaz de fundamentar e justificar os elementos mais intrínsecos que envolvem o castigo num determinado território e momento. Ao mesmo tempo deve servir de medida ideal para que a pena tenha um significado próprio.

Por outro lado, e já inserido no âmbito concreto de uma teoria justificadora da sanção penal, os estudos de índole penológicos e sociológicos são extremamente necessários para que se busque fundamentar corretamente seus propósitos e aplicá-los ao plano real.²²⁹ Isso parece claro para as *teorias utilitaristas* (prevenção), pois justificam a pena como um instrumento para redução da criminalidade e, uma vez que resultem ineficientes para esse fim perdem seu sentido (legitimidade). Porém, o mesmo ocorre no caso das *teorias retributivas*, no sentido de que seja fundamental examinar se o castigo criminal é o instrumento mais idôneo para comunicar censura e/ou considerar que a pena deva supor a privação justa de uma vantagem injustamente consolidada com a prática de um crime.

Dessa forma, antes de desenhar e atribuir um conteúdo à pena de trabalho em benefício da comunidade dentro das teorias da pena torna-se imprescindível primeiramente uma breve análise sobre a necessidade de justificar as penas em geral e em seguida a necessidade de discutir o fundamento que justifica o trabalho em benefício da comunidade como sanção penal.

²²⁹ DUFF/GARLAND, *A reader on punishment*, p. 23.

B. A necessidade de justificar as penas

É quase unânime, no universo da ciência do Direito penal, a afirmação de que a pena justifica-se por sua necessidade.²³⁰ Acredita-se que sem a sanção penal não seria possível a convivência em sociedade, pois esse instrumento constitui um recurso fundamental com que conta o Estado, e ao qual recorre, quando necessário para tornar pacífica a convivência entre os homens.²³¹

No entanto, a necessidade de justificar a pena surge porque esta é *moralmente problemática*, uma vez que atribui à imposição de um mal, de uma angustia e de um sofrimento àquele que transgrediu o ordenamento jurídico. É precisamente o elemento sofrimento que moveu a juristas e filósofos a buscarem uma justificativa moral suficientemente convincente a respeito do castigo penal.²³²

Além, da relevância teórica sobre a discussão acerca da justificação da sanção penal, inexoravelmente vinculado ao debate sobre o Estado e seus fins tem uma relevância prática de grande importância²³³, já que esse conjunto de teorias da pena em abstrato não constituem garantia alguma de que na vida prática de uma sociedade as penas serão reguladas e aplicadas de uma forma moralmente aceitáveis. No entanto, as teorias de justificação da pena passam a ser elementares, pois proporcionam um conjunto de valores, objetivos e padrões críticos frente aos quais se pode contrastar com o sistema de penas em concreto.²³⁴ Proporcionam em um “plano

²³⁰ TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto de derecho penal*, p. 199.

²³¹ MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, pp. 33 e ss; GIMBERNAT ORDEIG, em: *Estudios de derecho penal*, p. 115. BITENCOURT, *Falência da pena de prisão*, p. 101. Convém ressaltar nesse sentido a conhecida afirmação do *Projeto Alternativo alemão* que a justificativa da pena transcende a uma questão filosófica ou religiosa, e sim deve ser considerada “uma amarga necessidade de seres imperfeitos como são os homens”.

²³² SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 427 e 428.

²³³ MIR PUIG, *El Derecho penal en el estado social y democrático de Derecho*, p. 29.

²³⁴ DUFF/GARLAND, *A reader on punishment*, p. 05. Para BACIGALUPO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 12, as chamadas teorias da pena, na verdade, são princípios ou axiomas legitimantes do Direito penal, que não respondem à pergunta por que se deve punir, mas sim, outra pergunta: “Sob

meta-ético e meta-político os critérios de valores dos sistemas penais positivos ou de cada uma de suas normas ou instituições”.²³⁵

A sanção penal, ao longo da história foi justificada em ocasiões como consequência direta e inescusável da comissão de um crime.²³⁶ Em outras circunstâncias se acudiu a finalidades externas para explicar sua imposição, em concreto, à realização de fins preventivos e protetores dos cidadãos que não transgrediram a norma penal. Uma e outras proposições, absolutas e relativas respectivamente, foram abrindo caminhos nos diferentes momentos. A falta de uma justificativa unanimemente aceita para explicar o porquê do surgimento e da aplicação da pena recai no fato de que ela não pode desejar ser muito mais que uma resposta defeituosa às “*imperfeições humanas*”; um ajuste às conseqüentes derivações de uma sociedade complexa, insegura e dinâmica que a cada dia se depara e se conforma com novas transformações tecnológicas, sociais, políticas e econômicas.²³⁷ Por isso, talvez a teoria que se possa considerar a mais próxima da perfeição se enfrenta, ao ser aplicado na prática, com os novos parâmetros de uma sociedade em constante transformação, de modo que a solução encontrada hoje pode não ser a mesma amanhã.

Isso implica, em concreto em relação à pena de *trabalhos em beneficio da comunidade* que, ao mesmo tempo em que se aplica o discurso sobre as possíveis capacidades ressocializadoras desta pena, se lança um novo discurso no sentido de que é preciso garantir a segurança dos cidadãos a todo preço, demonstrando que caso necessário, se aumentará os níveis da população carcerária até alcançar cifras

que condições é legítima a aplicação da pena, correspondendo, cada qual uma distinta concepção no mundo prevalente em cada sociedade.

²³⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 236 e 237.

²³⁶ BUSTOS RAMIREZ, em: *Fasciculos de ciencias penais*, 3 (1992) , pp. 91 e ss.

²³⁷ GIDDENS, *As conseqüências da modernidade*, pp. 43 e ss; BECK, *La sociedad del riesgo*, pp. 25 – 30.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

desconhecidas.²³⁸ A pena de trabalho em benefício da comunidade, dessa forma encontra-se numa encruzilhada. Por um lado se destaca as capacidades preventivas de uma sanção que beneficia a comunidade diretamente, e não apenas no sentido de um menor desgaste pessoal, social e econômico, senão também pelas repercussões positivas que podem derivar da compensação do delinquente à sociedade.²³⁹ Por outro, as iniciativas políticas em matéria penal mostram como a vontade de alguns (que freqüentemente se atribuem a voz do sentimento popular, chamada opinião pública) passa por maximizar e utilizar as sensações de insegurança da população para incrementar a severidade das penas e para apresentar como solução única do problema criminal, o recurso à pena de prisão.²⁴⁰

A verdade é que nem a pena por si própria pode fazer frente ao objetivo que tem o Estado e a sociedade de diminuir a delinquência num ambiente social, nem se pode justificar a imposição deste instrumento, exclusivamente, em seus próprios termos, como resposta ontológica a prática do crime e sem pretender com ela outra finalidade que não seja o castigo. Não se pode explicar sua existência desde uma concepção absoluta que não leva em conta as complexidades humanas e sociais, pois podem causar *excessos* punitivos por parte do poder estatal na órbita de um Estado social e democrático de Direito. Busca-se aplicar então, um conceito de pena como um amontoamento de objetivos e propósitos em perpétua construção, no qual a maior importância de um ou outro objetivo é mera consequência das circunstâncias históricas. Por esse motivo, resulta difícil conseguir o equilíbrio na formulação da *concepção da pena*, da mesma forma que se deve considerar equivocado a concepção da pena como remédio capaz de resolver os problemas sociais.

²³⁸ Cfr. REDONDO ILLESCAS, *Desviación, delincuencia y control social*, p. 115, aborda que o crescimento das taxas de prisioneiros nos estabelecimentos carcerários espanhóis e de outros países se produz de forma paralela a uma diminuição das cifras globais de criminalidade.

²³⁹ TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 29.

²⁴⁰ Nesse sentido, HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, pp. 156 e 157; SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do direito penal*, pp. 32 e ss.

C. O fundamento dos trabalhos em benefício da comunidade no ordenamento punitivo

Em diversos contextos, se repetiu em inúmeras ocasiões desde a entrada da pena de *community service* na Inglaterra e Gales em 1972, que uma das vantagens dessa pena é a de poder satisfazer as distintas teorias de justificação da pena. Pode-se vincular essa ambivalência em torno dos fins dos trabalhos em benefício da comunidade com o fato de que, aliado a outras sanções alternativas, foi impulsionada pelo movimento *descarcerador* que pregava a redução do uso da pena privativa de liberdade, pelos partidários das teorias do merecimento e por aqueles que exigiam um grau de severidade das penas alternativas com a finalidade de torná-las aceitáveis no âmbito da coletividade.²⁴¹ O próprio informe *Wooton* previa um dispositivo nesse sentido, conglomerando essas afirmações:

“Em geral a proposta de que se exija a alguns delinquentes a realização de trabalhos em favor da comunidade deveria resultar atrativo para os partidários de diversas filosofias da pena. Para alguns deles, seria simplesmente uma alternativa mais construtiva e econômica às penas de prisão de curta duração; para outros representaria a introdução no sistema penal de uma nova dimensão que sublinharia a reparação à comunidade; outros considerariam como um meio de fazer efetivo o velho adágio de que o castigo deve corresponder com o delito praticado; e outros destacariam a importância de promover um estreito contato entre os delinquentes e aqueles membros da comunidade que precisam de maiores ajudas e apoios.”²⁴²

Conforme YOUNG²⁴³, no *Reino Unido* a introdução da pena de trabalhos em benefício da comunidade se produziu em um contexto precário de discussões acerca dos fins da pena e sua função dentro do sistema de penas. O mesmo, pelo que se pôde verificar *supra*, ocorreu na Espanha e no Brasil em que tampouco a doutrina como os debates parlamentares prévios a promulgação da pena refletiram uma discussão acalorada a respeito, apenas realizaram uma valoração positiva sobre suas

²⁴¹ CID MOLINÉ, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.) *Penas alternativas a la prisión*, p. 18; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, pp. 62 e 63.

²⁴² Home Office 1970, pp. 12 e 13, § 33.

²⁴³ YOUNG, *Community service orders*, p. 33.

possibilidades e utilidades no âmbito do Direito penal. Isso parece corroborar o entendimento de WORRAL, que criticando também a falta de debates mais amplos sobre a finalidade da pena ressalta que geralmente a mesma parece ser facilmente aceita pela comunidade política e jurídica, não precisando, portanto, de nenhuma justificativa plena, pois sua legitimidade parece ser incontestável. Nesse sentido, o autor ressalta que ao que parece tudo leva a crer que pela inércia dos setores que deveriam *aprofundar* o debate, a pena de trabalhos em benefício da comunidade simplesmente deve ser encarada dessa forma que a estruturaram e ponto.²⁴⁴

Essa aceitação da pena como opção positiva, sem uma reflexão mais incisiva acerca dos pressupostos da pena, está estreitamente vinculada à tendência genérica de considerar que as penas alternativas à prisão não necessitam ser justificadas porque se percebe nitidamente como conseqüências jurídicas mais benignas que a própria prisão à que pretendem suplantam, minimizando-se dessa forma sua carga punitiva.²⁴⁵ Por outro lado, os discursos em torno da versatilidade²⁴⁶ da pena consideraram geralmente um aspecto positivo no sentido de que esta característica permite o apoio a sua utilização desde distintas perspectivas conforme o interesse político em um determinado momento, algo que em princípio pode ser assumido como potenciação de sua utilização para diversos tipos de delitos e faltas.

Outro enfoque a respeito dessa versatilidade da pena vem dada pelo fato que a mesma apresenta nos mais diversos países distintas características: quando por exemplo se atribua o pressuposto de uma atividade essencialmente rígida para destacar o caráter punitivo da pena, ou de trabalhos executados diretamente em contato com pessoas que necessitam de apoio quando se pretende destacar seu conteúdo reabilitador.²⁴⁷

²⁴⁴ WORRAL, *Punishment in the community*, p. 100.

²⁴⁵ BLAY GIL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 103.

²⁴⁶ No sentido de satisfazer os diversos fins da pena consoante as diversas edições dos *National Standards* britânicos. HOME OFFICE 1992 e 2000.

²⁴⁷ PEASE, em: TONRY/MORRIS (eds.) *crime and justice: an annual review of research*, p. 59.

No entanto, essa versatilidade pode implicar confusão em torno dos fins da pena e sua posição no sistema de penas, que se reflete tanto no momento legislativo de conferir à pena determinado conteúdo punitivo e funções como em sua aplicação judicial, podendo afetar negativamente a credibilidade da sanção.²⁴⁸

Dessa forma, a reflexão sobre como esses distintos fins poderiam satisfazer num mesmo âmbito legislativo e administrativo e o grau em que poderiam entrar em conflito põem em relevo as contradições e os impedimentos que a falta de transparência e a confusão na filosofia penal dos trabalhos em benefício da comunidade podem comportar, no sentido de se saber em qual modelo (rígido ou flexível) e critérios que deveriam suportar a imposição dessa pena num determinado caso, bem como sua duração.

Em suma, se considera fundamental discutir a respeito do fundamento e dos fins das penas, não tanto por seu interesse teórico senão com o objetivo de comprovar se a pena de trabalho em benefício da comunidade, objeto de estudo, é capaz de satisfazer os fins que tradicionalmente se designam às penas e como os mesmos condicionam sua configuração no ordenamento jurídico penal.

II. Teorias retributivas da pena

A. O retribucionismo clássico

O fundamento ideológico das teorias absolutas da pena baseia-se no reconhecimento do Estado como *guardião da justiça terrena* e como conjunto de idéias morais, na fé e na capacidade do homem para se autodeterminar e na idéia de que a missão do Estado frente aos cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual,

²⁴⁸ YOUNG, *Community service orders*, p. 33.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

coexistindo, portanto, pensamentos liberais e idealistas.²⁴⁹ Ademais, defendem que a pena não tem outra razão de ser que a precedente comissão de um delito. A aplicação e execução da pena contribuem com a realização da justiça, entendida como mandato divino ou em termos de um ideal de justiça, e a imposição de um castigo compensa o mal causado pela prática de um crime. É justamente a exclusiva orientação da pena ao delito praticado o que diferencia as teorias retribucionistas das relativas, segundo as quais a pena se justifica na medida em que aporta *benefícios à coletividade* no sentido de prevenção da delinquência.

As teorias retribucionistas contam com uma extensa tradição histórica na que suporta aspectos da tradição cristã, judaica e islâmica²⁵⁰, se bem que se atribui a KANT e HEGEL os mais expressivos pensadores dessa teoria²⁵¹, que destacavam como postulado mais importante a irrenunciabilidade da pena: na medida em que a pena atende exclusivamente ao delito praticado, a evidência da comissão do delito e a declaração de culpabilidade do agente impulsionam automaticamente o dever de aplicar uma pena ao autor.²⁵² Outro ponto relevante dessa teoria é o recurso utilizado

²⁴⁹ JESCHECK, *Tratado de derecho penal, Parte General*, p. 96

²⁵⁰ Vid. KERN, *Derechos del Rey y derechos del pueblo*, p. 98; NEVILLE FIGGIS, *El derecho divino de los reyes*, p. 20.

²⁵¹ Na abordagem de KANT, destaca-se a concepção da pena como uma exigência de justiça, idéia que deriva de seu conceito sobre a Lei penal como imperativo categórico: “que se imponha ao assassino sua pena” é a expressão pura e simples da idéia de Kantiana. KANT, *Fundamentación metafísica de las costumbres*, pp. 85 e ss; KANT, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, pp. 167 e ss. HEGEL por sua parte fundamenta a pena em um processo lógico-dialético no sentido de que a mesma serve para restabelecer a ordem jurídica que foi abalada pela prática de um delito. HEGEL, *Filosofía del derecho, passim*. Também sobre as concepções desses autores, entre outros, BUSTOS RAMIREZ/HORMAZABAL MALARÉE, em: *Bases críticas de um nuevo derecho penal*, p. 117; RODRIGUEZ PANIAGUA, *História del pensamiento jurídico*, p. 246; ÁLVAREZ GARCÍA, *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, p. 92, BITENCOURT, *Falência da pena de prisão*, pp. 108 e ss; KLUG, em: *LH al profesor Jimenez de Asúa*, p. 37. Porém, KANT e HEGEL não foram os únicos defensores das teorias retribucionistas da pena. Dentro da doutrina internacional podem-se constatar algumas outras opiniões parecidas como, por exemplo: Carrara em seu conhecido programa de direito criminal escreveu que “o fim primário da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade”. CARRARA, *Programa de derecho criminal*, p. 615; Para MEZGER, a pena é a “irrogação de um mal que se adapta à gravidade do fato cometido contra a ordem jurídica. É, portanto, retribuição e, necessariamente, a privação de bens jurídicos.” MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, pp. 408 e ss.

²⁵² Trata-se na realidade do que se pode denominar versão positiva do retribucionismo: a culpabilidade do autor é condição suficiente para se impor um castigo. Ou seja, o castigo se justifica

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

para atribuir uma resposta proporcional e racional ao delito²⁵³, não submetida a finalidades preventivas que possam justificar ou favorecer um poder ilimitado por parte do estado na utilização do castigo do inocente para a prevenção de novos delitos²⁵⁴. Isso, de certa forma, alcança o respeito à dignidade da pessoa²⁵⁵, uma vez que ignora as visões utilitaristas que podem propiciar a coisificação do homem.

Apesar das contribuições transcendentais sobre as concepções retribucionistas da pena, surgiram críticas importantíssimas a essa teoria. Em *primeiro lugar*, afirmar que a teoria retributiva pressupõe a necessidade de uma pena exige, necessariamente uma fundamentação. O significado da pena baseado na concepção da culpa humana não pode, de forma alguma, supor que seja tarefa do Estado retribuir com um castigo toda a culpa. A teoria retributiva da pena não explica quando se tem de sancionar, apenas diz: se for imposta uma pena (sejam quais forem os critérios), com ela tem de ser retribuído um delito. Assim, não se sabe sob qual fundamento a culpa humana autoriza o Estado a castigar. Concretamente, assinala ROXIN que a teoria retributiva “fracassa diante da função de traçar um limite em relação ao conteúdo do poder estatal”.²⁵⁶

Em *segundo lugar*, se se afirma sem restrições a discricionariedade do Estado em penalizar condutas culpáveis, continua insatisfatória a justificação da pena pela

pela resposta intrinsecamente justa ao delito. No entanto, tal como destaca DUFF, *Punishment, Communication and Community*, p. 19, essa circunstância não implica que o castigo dos culpados seja uma tarefa absoluta no sentido de que estes devam ser sempre e a todo custo castigados. Isso seria impraticável, pois suporia ter que destinar todos os recursos para perseguir e castigar aqueles que cometeram alguma infração penal ilícita.

²⁵³ Dessa forma, KANT afirma que não há nada melhor que o *ius talionis* para expressar a qualidade e a quantidade da pena, “mas com a condição, bem entendida, de ser apreciada por um tribunal (não pelo julgamento particular)”. KANT, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, p. 168.

²⁵⁴ “O mal não merecido que fazes a teu semelhante, o fazes a ti mesmo; se o desonras, desonras a ti mesmo”. KANT, op.cit., p. 168. Para GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 31, esta ausência da pena a inclinações oportunistas por parte do Estado permitem apreciar na teoria da retribuição uma garantia contra o abuso do poder estatal.

²⁵⁵ TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto de derecho penal*, pp. 202 e 203.

²⁵⁶ ROXIN, em: *Problemas básicos del derecho penal*, pp. 12 e 13.

culpa, uma vez que a possibilidade da culpabilidade humana pressupõe o livre arbítrio e a sua existência, com o que concordam inclusive os partidários da idéia retribucionista, é indemonstrável.²⁵⁷

Em *terceiro lugar*, que uma idéia retributiva da pena só pode ser compreensível como mero ato de fé. A razão da afirmação está em que não se pode compreender racionalmente como é possível eliminar um mal (o crime) com outro mal (o castigo).²⁵⁸ “Não é mais admissível, nos dias atuais em que todo poder estatal deriva do povo, a legitimação de medidas estatais sejam impostas com a ajuda de poderes transcendentais.”²⁵⁹

Mas talvez o impacto mais forte recebido pela teoria retribucionista, e o que, em definitivo, devia favorecer o deslocamento da confiança em direção das teorias finalistas, foi a crise do conceito de *culpabilidade*. A não possibilidade de reconhecer o livre arbítrio (a capacidade de atuar de outra forma) determinou o esgotamento da retribuição desde a concepção clássica²⁶⁰ e a rotação em direção as teorias que incluem na justificação da pena elementos voltados à proteção futura de bens jurídicos.

B. O novo retribucionismo anglo-saxônico

Depois de um intervalo preponderante das proposições preventivas, favorecida em parte, pela mencionada crise da concepção de culpabilidade, já em finais dos anos 60

²⁵⁷ ROXIN, op.cit., pp. 12 e 13.

²⁵⁸ ROXIN, op.cit., p. 14. No mesmo sentido: FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 255, onde planeja a irreparabilidade do ilícito penal. Vid. também, HASSEMER, em: *Derecho penal y ciencias sociales*, pp. 127 e 128; MIR. PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, p. 92; ÁLVAREZ GARCÍA, *Consideraciones sobre los fines de la pena*, p. 92; BITENCOURT, *Falência da pena de prisão*, pp. 119 e ss; MOORE, em: VON HIRSCH/ASHWORTH, *Principled Sentencing, Readings on Theory & Policy*, pp. 152 e ss.

²⁵⁹ ROXIN, op.cit., p. 14.

²⁶⁰ ROXIN, op.cit., p. 13, defende que a culpabilidade não pode justificar a pena, mas deve limitar a imposição do castigo.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

e durante a década dos 70 começaram-se a verificar algumas carências e outros excessos das prerrogativas funcionalistas, que iam dar espaços novamente a algumas idéias retribucionistas. De um lado, se percebia a incapacidade das propostas reformadoras da prevenção especial para conseguir efetivamente a satisfação de seus fins. A plena confiança concedida às ciências humanas para alcançar o objetivo de prevenção da criminalidade deu margem a uma visão mais pessimista sobre a capacidade da pena como método eficiente no combate do delito. Ademais, a consagração da capacidade para sacrificar algumas garantias constitucionais, principalmente depois da segunda grande guerra, favoreceu o remanejamento das questões mais elementares do poder punitivo estatal.

Os novos defensores das proposições retribucionistas, provenientes em grande escala do contexto anglo-saxônico, desenvolveram um conceito de retribuição pautado na ideologia do merecimento (*Just desert*). Distintamente das antigas concepções *taliônicas*, o novo retribucionismo passou a dar importância aos *elementos comunicativos* da pena.²⁶¹ A censura e a reprovação do delito que se dirigem ao autor passam a ser o fio condutor dessas novas proposições. A concepção de castigo reside em fazer algo a quem cometeu um mal; supõe, portanto, a desaprovação da pessoa pelo seu mal.²⁶² Sobre a medida imposta ao castigo, os novos idealizadores dos propósitos retribucionistas apelam para o princípio da proporcionalidade com a finalidade de garantir que as sanções impostas pelas práticas de delitos, sejam proporcionais à gravidade da conduta ilícita. Arraigados à estas novas idéias estão os critérios próprios das proposições retributivas clássicas, porém na medida em que se afastam das concepções abstratas e se aproximam a vida cotidiana (agregando-se, inclusive, alguns elementos preventivos), se superam parte das críticas dirigidas às colocações mais usuais do retribucionismo clássico. Assim, estas idéias mais modernas das proposições retribucionistas deixaram de ser absolutas e tornaram-se formas *mistas* que incorporam elementos futurísticos com os quais se pretende que a

²⁶¹ Vid. VON HIRSCH, em: VON HIRSCH/ASHWORTH *Principled Sentencing*, p. 169; DUFF, *Punishment, communication and Community*, pp. 27 e ss.

²⁶² VON HIRSCH, op.cit., p. 169.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

imposição do castigo sirva também à prevenção de novos crimes. Talvez a localização concreta destas novas formulações entre as proposições retribucionistas não seja a mais correta, no sentido de entender-se o retribucionismo como uma concepção absoluta da pena como um fim em si mesmo. No entanto, se estima plausível referenciar estas idéias, apesar de seu conteúdo misto com elementos preventivos, desde o ponto de vista retribucionista²⁶³ posto que a base sobre as quais esteja suportada é a referência ao delito que foi praticado e a censura dirigida ao seu autor.²⁶⁴

Conforme esta visão, a sanção penal expressa ao sujeito que infringiu a norma penal, uma *reprovação*, ou seja, uma rejeição ao agente causador do delito pela sua conduta.²⁶⁵ Nesse sentido, de acordo com VON HIRSCH, *censurar significa a expressão do juízo negativo que se impõe a uma conduta realizada por alguém*. Não obstante, a esse juízo considerado negativo, o autor confessa umas funções morais positivas do reproche. Em *primeiro lugar*, a censura considera a vítima do delito, uma vez que quando se dirige a desaprovação do autor reconhece-se também a importância dos direitos da vítima que foram lesados pela culpa de outro.²⁶⁶ Em *segundo lugar*, a sanção penal se dirige ao delinqüente, a quem expressa uma mensagem de desaprovação pela conduta praticada. A desaprovação dirigida ao autor pressupõe que se trata, em realidade, de um sujeito moral, capaz de agir

²⁶³ No mesmo sentido o pensamento de TORRES ROSELL, *La pena trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 34 e ss.

²⁶⁴ VON HIRSCH, em: ZAPATERO/ NEUMANN/NIETO (eds.) *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, p. 126. Segundo o autor, toda justificativa convincente em relação à pena deve esquecer a dicotomia existente entre retribuição e prevenção, e que se deve basear-se tanto em valores morais retrospectivos como em considerações relativas às conseqüências, de modo que se deva renunciar à imposição da pena sempre que ela não seja suficientemente útil para impedir novas agressões.

²⁶⁵ VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, p. 35, exemplifica a função de censura do castigo descrevendo uma comparação muito interessante entre a multa e um imposto. Ressalta o autor que a diferença central entre um instituto e outro não recai no tipo de privação (ambos são dinheiro) senão no fato de que a multa expressa reprovação e censura enquanto o imposto não.

²⁶⁶ VON HIRSCH, op.cit., p. 36.

deliberadamente e de entender que outras pessoas podem avaliar sua conduta.²⁶⁷ Do autor que recebeu a censura pelo seu ato, VON HIRSCH considera que se pode esperar uma reação no sentido de reconhecimento do dano causado, originando aí uma possibilidade de emenda do delinquente. Assinala que a censura oferece essas possibilidades, porém em nenhum caso se afirma como uma técnica dirigida a evocar determinados sentimentos, pois se o objetivo primordial fora induzir um arrependimento, não teria nenhum sentido censurar os autores já arrependidos ou desafiantes. O infrator arrependido já entende e lamenta o dano causado por ele; o desafiante não aceitará o juízo de desaprovação que a censura expressa.²⁶⁸ Em *terceiro lugar*, a censura também se dirige a terceiros aos que o Direito penal comunica que determinados comportamentos são proibidos e punidos. Pois bem, a diferença dos simpatizantes da teoria da prevenção geral integradora, a norma não se reduz a um simples estímulo para justificar a obediência ao Direito, senão que é a pena que recorre ao injusto da conduta e dá uma razão ao sujeito para omitir essa conduta. Vale dizer, a informação implícita inserida na censura não se limita a desaprovar a conduta por uma infração prevista em Lei, senão que se dirige ao cerne do próprio injusto praticado.²⁶⁹

O conceito de pena desenvolvido por VON HIRSCH também prevê, agregado a censura, um elemento de aflição ao que se atribui funções preventivas. Se bem que a censura deveria fornecer também ao autor do delito motivos suficientes para desistir

²⁶⁷ VON HIRSCH, op.cit., p. 37. Também destaca a dignidade que toda pessoa possui, justamente por ser considerado um agente moral. Ressalta que em uma sociedade democrática, em que as instituições se amoldam conforme os parâmetros de uma cidadania responsável, a resposta ao delito deveria corresponder-se com o tratamento dado a adultos racionais e autônomos. Alega que o delinquente não pode ser considerado sinônimo de cidadão responsável, e, no entanto, o Direito penal não pode se desenvolver para prevenir a criminalidade mais resistente. Dessa forma, a sanção penal pode cumprir sua tarefa se induz a maioria da população a respeitar a Lei. Cfr, pp. 81 e ss.

²⁶⁸ VON HIRSCH, op.cit., p. 36.

²⁶⁹ VON HIRSCH, op.cit., p. 37. Alega que essa mensagem normativa expressada nos Códigos penais não se reduz como parecem entender os utilitaristas, a uma mera indução à conformidade – usado porque a cidadania é mais sensível a chamamentos morais que a simples ameaças. Se se pede às pessoas que desista de cometer uma determinada conduta porque está mal, é porque deve haver boas razões para assumir que está mal; e a mensagem expressada através da sanção penal sobre o grau de lesividade deve refletir quão repreensível é, em efeito, a conduta.

de repetir condutas taxadas como criminosas, o autor reconhece que o indivíduo dada a falibilidade humana, pode sentir-se tentado a delinquir. A privação, o sofrimento e o rígido tratamento, que também integram o conceito de pena, requerem então uma razão adicional para resistir à tentação de delinquir. Sustenta VON HIRSCH²⁷⁰ que o sujeito, de modo prudente, evitará realizar a conduta que sabe ser censurada, uma vez que a aflição que acompanha à censura se entende como uma razão cautelosa para não voltar a delinquir. A relação entre os dois elementos censura e tratamento rígido (*hard treatment*), parte na visão do autor da primazia da *função reprovadora*, de modo que a função preventiva atua apenas no marco da censura. Justifica ademais, que o sofrimento não altera a censura, não advindo de uma razão mais poderosa que aquela para evitar a delinquência, porém constitui num motivo adicional.²⁷¹ No entanto, esta mistura de prevenção e censura permite ao autor reconhecer certos efeitos preventivos da sanção penal, e ao mesmo tempo justificar a pena além dos pressupostos utilitaristas que poderiam favorecer a aplicação de penas desproporcionais. Obtêm-se dessa forma um *modelo misto* que age através da censura, à moral do agente, e pela ameaça de conseqüências desfavoráveis, à prevenção de comportamentos lesivos futuros. Partindo desse pressuposto, VON HIRSCH opta por uma estrutura que diminua a gravidade das penas e pela abolição do castigo naquelas circunstâncias em que este não seja necessário por razões preventivas.²⁷²

VON HIRSCH também considera dentro dessa concepção da pena como censura, o critério da *proporcionalidade* como principio basilar do Direito penal. Para o autor, se a censura relaciona-se com a reprovação, a quantidade de censura deve refletir o

²⁷⁰ VON HIRSCH, em: ZAPATERO/ NEUMANN/NIETO (eds.) *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, p. 137 e ss.

²⁷¹ VON HIRSCH, op.cit., pp. 130 e ss e 143 e ss.

²⁷² VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, p. 41. Argumenta que se os níveis de castigo são muito elevados é porque não se corresponde com a função moral da censura em que a privação deve ser apenas um elemento incentivador. Quanto mais se incrementa os níveis penais, mais se aproxima ao sistema de ameaças. Isso leva o autor a defender uma estratégia de diminuição da severidade penal. Vid. VON HIRSCH, em: VON HIRSCH/ASHWORTH, *Principled Sentencing*, p. 174 e ss.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

grau em que a conduta praticada deve ser reprovada.²⁷³ A idéia de proporcionalidade na construção de um sistema penal e da aplicação de uma pena gira em torno de dois conceitos fundamentais. A proporcionalidade *ordinal* e *cardinal*. A primeira implica em comparar a gravidade dos delitos com a gravidade dos castigos, de modo que quando se castiga uma conduta de forma mais grave que outra, o castigo leva a mensagem de que aquele comportamento é mais grave. É justamente nesse sentido, que VON HIRSCH denomina a “paridade no castigo”: os infratores que foram condenados por crimes de gravidade semelhante merecem castigos de gravidade similar, porém, não necessariamente deve recair o mesmo castigo para todos os delitos situados numa mesma categoria.²⁷⁴ Em contrapartida, o autor assinala a necessidade de atender também à proporcionalidade cardinal dos castigos. Ou seja, não apenas à relação existente entre delitos e penas, mas a necessidade que as penas que integram um sistema punitivo como um todo estejam devidamente graduadas entre si mesmas.²⁷⁵ Isso supõe que deve haver um limite inferior de proporcionalidade cardinal que assegure que um delito grave seja correspondido por uma desaprovação severa, mesmo que o autor considere que este entendimento esteja mais atrelado às razões preventivas que a própria proporcionalidade cardinal.²⁷⁶

A proporcionalidade visualizada por VON HIRSCH atende também a construção de sanções *não privativas de liberdade* e de gravidade intermediária. Evita mencionar que estas sanções devam ser consideradas exclusivamente alternativas à prisão e, em contrapartida, aposta por incluí-las no sistema de penas e situá-las numa estrutura em que se expressa uma gravidade mediana - alta do delito praticado.²⁷⁷ Esta nova

²⁷³ VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, p. 42.

²⁷⁴ VON HIRSCH, op.cit., p. 45.

²⁷⁵ VON HIRSCH, op.cit., p. 46, prevê a possibilidade que um determinado sistema punitivo esteja graduado conforme a severidade dos delitos mas no que globalmente o nível do castigo seja tão excessivo que inclusive os delitos menos graves tenham designada uma pena de prisão.

²⁷⁶ Por exemplo, que o delito mais grave de uma escala seja o assassinato requer uma expressão de reproche severa. Este reproche não pode expressar-se adequadamente se toda a escala de sanções é muito baixa, de forma tal que, ao assassinato apenas se correspondera à pena de multa. VON HIRSCH, op.cit., p. 73.

²⁷⁷ WASIK/VON HIRSCH, em: *Principled Sentencing*, p. 279; VON HIRSCH, op. cit., p. 101.

dinâmica, permite reduzir a utilização da pena privativa de liberdade, bem como limitar o recurso às sanções intermediárias às hipóteses em que os delitos praticados sejam realmente de gravidade intermediária, eliminando sua aplicação quando a conduta deva ser censurada por uma pena mais branda.²⁷⁸

Em relação à possibilidade de substituição entre sanções intermediárias, VON HIRSCH propõe um modelo limitado de substituição, que prescreve um tipo de pena para cada escala de gravidade, mas que aceite a substituição de penas por razões preventivas e de política criminal.²⁷⁹ Também reconhece a possibilidade de desenvolver um sistema em que se determinem diversas penas de similar gravidade para cada escala e assim, podendo-se indicar a pena mais adequada em cada caso.²⁸⁰

Sobre as penas consideradas não privativas de liberdade, VON HIRSCH preocupa-se em relação às implicações que para o princípio de proporcionalidade pode ter o recurso a determinadas penas que atuem como reforço na execução dessas penas não privativas de liberdade. Nessa direção, ressalta que a pena mais bem utilizada com esses propósitos vem sendo a prisão, cabendo, portanto, não generalizar o recurso a esta, com o objetivo de impedir que por este caminho ingressem mais pessoas nos estabelecimentos prisionais.²⁸¹ Com relação a isso, e com o fito de garantir a dignidade da pessoa do infrator por meio das penas consideradas intermediárias, o

²⁷⁸ VON HIRSCH, op. cit., p. 101.

²⁷⁹ WASIK/VON HIRSCH, op.cit., pp. 280 e ss. O autor justifica a substituição por motivos preventivos quando o juiz, por exemplo, considere que a sanção substitutiva seja mais eficaz para prevenir a reincidência e por razões de política criminal nos casos em que as penas não possam ser aplicadas a um infrator em específico por ser este incapaz de desenvolver as tarefas previstas pela pena. VON HIRSCH também rejeita aqueles modelos consistentes em castigar o crime com um determinado número de unidades de sanção que se reconvertem em uma variedade de sanções que podem, inclusive, serem combinadas entre elas. Para o autor esses sistemas pressupõem um grau de sofisticação no sentido de embriagar penas que na realidade não existem.

²⁸⁰ VON HIRSCH, op. cit., p. 106.

²⁸¹ WASIK/VON HIRSCH, op.cit., pp. 286.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

autor desenvolve o conceito de conteúdo penal aceitável,²⁸² através do qual se requer adaptar ao contexto das penas não privativas de liberdade a idéia de que a prisão se impõe como castigo e não para castigar. Conforme essa máxima, o conteúdo penal perseguido não deveria incluir práticas complementares adicionais dentro do cárcere que elevem os problemas potenciais de ser desumanizado ou degradado. Isso implica excluir do conteúdo penal aceitável de uma sanção considerada intermediária aquelas práticas que possam permitir a destruição da personalidade do sujeito.²⁸³

Em total consonância com esses novos pressupostos retribucionistas, DUFF sugere um conceito do Direito penal, do processo penal e da pena baseado estritamente na *comunicação*. O entendimento do autor resulta ainda mais ambicioso que aqueles que buscaram expressar determinada censura ao delinqüente, no sentido de que como teoria comunicativa parte de um comprometimento recíproco entre as partes e não da consideração de uma destas como simples objeto receptor de uma mensagem.²⁸⁴ DUFF admite, no entanto, que sua posição não é uma justificação do que vem a ser a pena, senão mais bem uma proposta daquilo que deveria ser uma pena.²⁸⁵ Para o autor, a idéia da pena como uma ação comunicativa, aplicada após o devido processo legal, compreende a idéia de que o individuo seja concebido como um ser ativo, racional e participante. Além disso, a pena como um processo de diálogo implica o tratamento dos cidadãos pelo Estado como agentes racionais e responsáveis, e não, como um meio para alcançar as suas finalidades, e a mensagem a ser transmitida é também a censura através da conduta punível, que pode ser aflitiva ou simbólica, como ocorre na advertência judicial, nos trabalhos em benefício da comunidade e na *probation*.²⁸⁶

²⁸² “O conteúdo penal aceitável de uma sanção consiste nas privações impostas com o fim de conseguir seus fins preventivos e punitivos.” Vid. VON HIRSCH, op. cit., p. 134.

²⁸³ VON HIRSCH, op. cit., p. 134 e 135.

²⁸⁴ DUFF, *Punishment, Communication and Community*, p. 79.

²⁸⁵ DUFF, em: *Principled Sentencing*, p. 165.

²⁸⁶ DUFF, *Trials and punishment*, pp. 48 e ss. Para MATRAVERS, *Punishment and political theory*, pp. 02 e ss, tal concepção pode ser enquadrada como unificadora, por conter propostas retributivas, ao propor o arrependimento e a constrição ante a conduta praticada anteriormente; tem aspectos de

Essa concepção de pena como um processo de comunicação (*communicative enterprise*), deve ser considerada dentro do contexto comunitário, em virtude de valores e visões de mundo compartilhado, com respeito à autonomia moral e individual contrária a qualquer manipulação ou reforma. Por essa razão DUFF não aceita conceber a pena como instrumento que, para a prevenção de delitos, recorre-se a forma de dissuasão ou incapacitação, pois segundo o autor estas não tratam o indivíduo a quem se dirigem como um membro responsável pertencente à comunidade normativa e com capacidade para compreender as mensagens que lhes são comunicadas.²⁸⁷ Ademais, DUFF rejeita o exercício da coação sobre os cidadãos para que estes respeitem a Lei, e em seu lugar considera mais coerente e idôneo apelar a sua compreensão moral. A coercibilidade, segundo o autor, está na mensagem punitiva e na sua execução, cabendo ao indivíduo arrepender-se ou não, consciente da censura da sua comunidade e da consciência de sua conduta. Assim, as espécies de penas mais adequadas para este tipo de abordagem são as penas cumpridas em meio aberto, no interior da comunidade, tais como a *probation*, a reparação e o trabalho em benefício da comunidade. As penas privativas de liberdade, com tratamento penal mais severo, deverão ser reservadas para os crimes mais graves, proporcionais à maior reprovação da conduta pela comunidade.²⁸⁸

C. A pena de trabalho em benefício da comunidade e os pressupostos retribucionistas

Justificar a aplicação e execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade a partir dos pressupostos retribucionistas clássicos, desde concepções absolutas da

prevenção geral, pela importância dada ao efeito da comunicação como uma advertência, também à sociedade, acerca da resposta penal à prática do ilícito; e ainda de prevenção especial positiva, com a finalidade da transformação individual e reforma através da sanção. No entanto, a novidade apresentada é a importância dada ao vínculo de comunicação que se estabelece, através da pena, entre a conduta e o sujeito, e entre este e o Estado e a comunidade.

²⁸⁷ DUFF, *Punishment, Communication and Community*, p. 113.

²⁸⁸ DUFF, *op.cit.*, pp. 245 e ss.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

pena, significa configurar as atividades realizadas em favor da comunidade como compensação pelo mal causado que a conduta delitiva ocasionou a coletividade. Com esse propósito, a prestação do trabalho de interesse público contribui com a extinção do mal, com o restabelecimento da norma que foi afetada pela conduta ilícita e com a realização do ideal de justiça. Assim, a prestação que deve ser realizada não se orienta em direção da comunidade, nem da vítima concreta e tampouco ao benefício do infrator, senão que trata exclusivamente de compensar um mal pela prestação.

Por não estarem presentes na normativa legal, outras finalidades preventivas, se poderia potenciar a realização de algumas prestações especialmente aflitivas, no sentido de que não fora senão o sofrimento do condenado, e as restrições às que se vira submetido durante a execução da pena, aquilo que servira para compensar o delito.²⁸⁹ Não obstante, o princípio da proporcionalidade entre a conduta praticada e a pena como elemento fundamental das teorias retributivas evita que estas consequências ganhem espaços na órbita do Estado social e democrático de Direito. O princípio em tela resulta importante não só para estabelecer limites sobre a duração da pena de prisão, senão também para estabelecer parâmetros à aplicação e execução das penas não privativas de liberdade.²⁹⁰ Talvez, a pena de trabalho em benefício da comunidade resulte equivalente a uma multa, no sentido de que, ao invés de privar ao sujeito de parte de seu patrimônio, se lhe priva parte de seu tempo livre. Quanto maior a gravidade do delito praticado, maior também deverá ser a restrição ao tempo de ócio. No entanto, este entendimento comporta, além da dificuldade de estabelecer um critério de comparação entre a unidade tempo e a gravidade do delito, o risco que

²⁸⁹ TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 47. No mesmo sentido, ressalta CHOCLÁN MONTALVO, AP 8 (1997), p. 164, que a utilidade do trabalho determinável economicamente se destina a compensar a culpabilidade pelo fato punível. Para o autor, o apenado não trabalha gratuitamente, apenas compensa sua culpa e com isso obtém a retribuição pelo trabalho, ainda que não seja esta a forma de salário prevista na legislação laboral.

²⁹⁰ Vid. VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, pp. 99 e ss, em que propõe formas de graduação para as sanções intermediárias consideradas não privativas de liberdade, muito presentes no contexto anglo-saxônico.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

o conteúdo dos trabalhos fique desatendido por ser o elemento principal, a duração em horas da pena.²⁹¹

Em realidade foi o critério da *proporcionalidade* que deu um novo fôlego às teorias retribucionistas, depois de um período marcado pelo destaque das teorias preventivas da pena no último terço do século XX, com o intuito de contribuir com a supressão de algumas lacunas percebidas claramente nas teorias utilitaristas. Estas novas concepções retribucionistas, reclamam uma ligação equilibrada entre a gravidade da conduta delituosa e a severidade da sanção imposta, com vistas a atender em sua condição de teoria retributiva, ao passado pelo delito cometido, mas concomitantemente se incorporam mecanismos de futuro, na medida em que se inserem também à pena, elementos destinados à redução da criminalidade. Nesse novo contexto, a censura passa a exercer um papel fundamental porque expressa ao condenado a reprovação que sua conduta culpável merece por ter causado dano a vítima e à sociedade. Nesse sentido, o elemento censura inerente à sanção penal se dirige ao agente, mas também alcança a vítima em específico e ao conjunto de vítimas em potencial a quem se expressa que efetivamente alguns bens jurídicos foram lesados. Desse modo, a pena de trabalho em benefício da comunidade pode ser considerada uma *respuesta apta* para censurar determinadas condutas culpáveis de gravidade mediana – alta e para delitos considerados leves poderia ser necessário recorrer-se a formas menos drásticas de expressar censura, como são as multas, a *probation* e o *sursis*. Já para delitos de natureza grave, como nos casos dolosos de homicídio, lesão corporal e roubo, a pena de trabalho em benefício da comunidade talvez *não* contribua com a finalidade de expressar com suficiente severidade a censura que é merecida.

Além dos critérios de censura e proporcionalidade destacados por VON HIRSCH às novas teorias retribucionistas, cabe relevar também, em relação a pena de trabalhos

²⁹¹ Vid. DUFF, *Punishment, Communication and Community*, p. 136. Para TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 47 e 48, em um clima político e social especialmente punitivo, não é difícil imaginar como essas proposições sobre o conteúdo da pena de trabalho em benefício da comunidade pode tomar facilmente a forma de trabalhos árduos e intencionalmente inadequados às características físicas e psíquicas do condenado.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

em benefício da comunidade, a importância da teoria comunicativa de DUFF como elemento essencial para potencializar essa pena. A definição de Direito penal e de pena como comunicação que se estabelece com os cidadãos e com o delinquente faz com que a imposição de uma pena de trabalhos de utilidade social comunique ao agente do delito a censura que a sua ação merece.

Quando o conteúdo do trabalho a ser realizado guarda uma relação com a natureza da ofensa o conteúdo comunicativo ainda é muito mais claro, uma vez que se torna muito mais fácil entender a prestação do condenado como desculpa dirigida à comunidade. Porém, quando o condenado executa a prestação imposta, não é necessário compreender se esta desenvolve uma expressão sincera do reconhecimento pelo mal praticado ou se a desculpa também pode ser considerada sincera. Na medida em que se podem aceitar as desculpas de outra pessoa sem estar segura de sua sinceridade, podem também entender-se que quem realiza o trabalho cumpre com o ritual público de desculpa e no caso de saber que o trabalho prestado pelo condenado não compreende uma sincera desculpa, existe sempre a possibilidade que a confrontação com os efeitos do delito praticado por ele durante a execução da pena faça criar uma reflexão que realmente o leve a arrepender-se de seus atos e a optar por outro caminho que não seja a criminalidade.²⁹²

No entanto, o principal proveito da pena de trabalhos em relação a estes pressupostos baseia-se no fato de que resulta possível fixar com precisão o conteúdo da pena atendendo às repercussões do delito na vítima e na comunidade, podendo-se determinar uns trabalhos que permitem ao condenado *reparar* as consequências de seu delito, por um lado, e que a comunidade valorize as atividades realizadas como uma desculpa que possa favorecer a *reconciliação* e a reabilitação do sujeito na sociedade, por outro.

²⁹² Vid. DUFF, op.cit., pp. 105 e ss; TORRES ROSELL, op.cit., pp. 49 e 50.

III. Teorias preventivas da pena

De base utilitarista, as teorias relativas da pena apresentam considerável diferença em relação às teorias retributivas, na medida em que buscam *finis preventivos* posteriores e fundamentam-se na sua necessidade para a sobrevivência do grupo social.²⁹³ Para as teorias preventivas, a pena não visa retribuir o delito cometido e sim impedir a sua comissão. Se o castigo ao autor do delito se impõe, conforme a lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente porque delinqüiu, nas teorias relativas a pena se impõe *ut ne peccetur*, ou seja, para que não volte a praticar novos delitos.²⁹⁴

A formulação mais remota das teorias relativas costuma ser atribuída a SÊNECA, que, baseando-se em *Protágoras*, de PLATÃO, afirmou que “nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar”.²⁹⁵ No entanto, para ambas as teorias, toda sanção é considerada um mal necessário. Essa necessidade não se baseia na idéia de realização da justiça, mas na função de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos delitos.

A prevenção de delitos por meio da imposição de uma sanção se dirige tanto àquele que foi considerado autor de um ou mais delitos, a fim de que não pratique um posterior (prevenção especial), como à sociedade em geral, a fim de dissuadi-la da comissão de delitos (prevenção geral).

²⁹³ MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, p. 92; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 259.

²⁹⁴ HASSEMER, *Fundamentos de derecho penal*, p. 347.

²⁹⁵ Do original: *Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*. Vid. HASSEMER, *Fundamentos de derecho penal*, p. 347; ALVAREZ ZABALA, *Ensayo sobre las ideas filosófico-jurídicas de Protágoras*, pp. 193 e 194.

A. Prevenção geral

1. Prevenção geral negativa

A prevenção geral negativa propõe evitar ou reduzir a comissão de delitos por meio da *ameaça* que o Direito penal exerce sobre as pessoas. A existência da sanção penal se justifica pelo fato de que sua aplicação deve contribuir para que a generalidade de pessoas desista da idéia de praticar delitos, e isso pelo temor de sofrer um castigo. Este atua como contra motivação para o cidadão que sabe que seu delito será recompensado com a imposição de uma sanção penal. A partir da versão formulada por BENTHAM, se afirma que o castigo que sofre o delinqüente serve para o restante das pessoas o exemplo do que também podem sofrer.²⁹⁶ Além dessas concepções da teoria da coação psicológica de FEUERBACH,²⁹⁷ a idéia de prevenir a comissão de delitos mediante a exemplaridade na aplicação das penas passa a ser considerada desumana e degradante²⁹⁸, e perde progressivamente sua legitimidade. Atualmente a prevenção geral negativa se contempla com uma doutrina que busca prevenir a comissão de delitos, porém não mais pela exibição cruel da execução da pena, senão pela via mais sutil de intimidar aos cidadãos no momento da cominação penal, ou seja, a intimidação não se exerce no momento da execução pública e aflitiva da sanção, senão que se busca o estabelecimento de um diálogo entre a Lei e seus

²⁹⁶ BENTHAM, em: *Principled Sentencing*, p. 54. Vid. Também ÁLVAREZ GARCIA, *Consideraciones sobre los fines de la pena*, pp. 112 e ss.

²⁹⁷ A teoria defendida por FEUERBACH sustenta que é por meio do Direito penal que se pode dar solução ao problema da criminalidade. Isso se consegue, por um lado, com a cominação penal, ou seja, com a ameaça da pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; por outro, com a aplicação da pena cominada, deixa-se clara a disposição de cumprir a ameaça realizada. Na concepção de FEUERBACH, a pena é efetivamente uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de praticar delitos; é, portanto, uma Coação psicológica com a qual se pretende evitar o crime. Vid. HASSEMER, *Fundamentos de derecho penal*, p. 380; MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, p. 66. No entanto, ÁLVAREZ GARCIA, op.cit., p. 114, expõe que a exemplaridade se caracteriza pela desproporção e isso vulnera o Estado de Direito, o valor de justiça e a própria dignidade da pessoa humana.

²⁹⁸ FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, pp. 16 e ss.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

destinatários na qual esta pretende dissuadir àqueles da realização de comportamentos ilegais.²⁹⁹

A prevenção geral negativa experimentou nos últimos anos uma importância motivada pelo vazio deixado pela crise das propostas *reabilitadoras*. Quando assumidos os propósitos preventivos e a vontade de evitar a prática de novos delitos mediante a aplicação da pena, se expandiu devido ao fracasso das tentativas ressocializadoras centradas no delinquente, alguns esforços se destinaram novamente a incidir nos processos de motivação e dissuasão dos cidadãos.³⁰⁰

Por outro lado, a prevenção geral negativa trouxe também dúvidas importantes sobre a justificação da pena. Assim, se considera que uma teoria que tem por propósito *intimidar* aos cidadãos, tende facilmente a construção de um Direito penal máximo, uma vez que os efeitos intimidadores parecem num primeiro momento serem mais evidentes se as sanções são mais elevadas e rígidas na ameaça e na aplicação. Para ROXIN, quem pretende intimidar através da pena, tenderá a reforçar esse efeito por intermédio de castigos severos,³⁰¹ o que para FERRAJOLI poderia levar a incrementação das consequências jurídicas até os extremos que poderão levar o Estado ao terror penal.³⁰² No marco da prevenção geral negativa levada a seus limites, se corre o risco de que a dissuasão comporte certa *coisificação* do homem, no sentido de que a perspectiva utilitarista induza a castigar uma pessoa, mais que pelo crime praticado, pelo efeito que o castigo possa ter em vista a que outros não cometam delitos. Provavelmente a crítica mais antiga à prevenção geral se deve a KANT, que reprovava qualquer tentativa de instrumentalização do homem.³⁰³ Essa manifestação do filósofo alemão somadas a outras mais recentes, como as de ROXIN,

²⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 212.

³⁰⁰ GARLAND, *La cultura del control*, p. 288.

³⁰¹ ROXIN, em: *Problemas básicos del derecho penal*, p. 18.

³⁰² FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 278.

³⁰³ KANT, *Princípios metafísicos*, p. 85. “Mas o homem não é uma coisa. Não é, pois, algo que se possa usar como simples meio. Deve ser considerado em todas as ações como fim em si mesmo”.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

para quem um ordenamento jurídico que não considere o indivíduo como objeto à disposição da coação estatal, nem como material humano utilizável, mas como portador, completamente equiparado a todos os demais, de um valor como pessoa, a quem o Estado deve proteger, tem de ser inadmissível à instrumentalização do homem.³⁰⁴ Este também parece ser o defeito *ético social* da prevenção geral demonstrado por SAUER: “nenhum indivíduo, sob nenhuma justificação, deve ser castigado em benefício de outros”.³⁰⁵ Outra importante crítica feita pelo autor à prevenção geral surge da exigência feita por legisladores e magistrados de estabelecer e aplicar, respectivamente penas muito altas, que chegam, inclusive, a superar a medida da culpabilidade do autor do delito.

É necessário dizer também, desde uma abordagem empírica que, a concepção da pena como intimidação foi objeto de fortes críticas, em especial em relação à *visão idealista* desta teoria sobre os destinatários das Leis. A prevenção geral negativa pressupõe que os delinquentes realizam antes de seus comportamentos um cálculo de vantagens e desvantagens, como se o delito fosse sempre a decisão de um cálculo matemático em critérios *custo-benefício*³⁰⁶. A crítica se dirige aos supostos efeitos intimidativos das normas e das penas, partindo do pressuposto de que os mecanismos de motivação do delinquentes não são puramente idôneos e racionais. Esse problema consiste no fato de existirem pessoas que conhecem a norma jurídico-penal e sua execução, sendo também pessoas motiváveis, ficando, no entanto, sem resposta a interrogação sobre se a demonstrada conformidade com a Lei, isto é, a adequação dos comportamentos com os preceitos normativos, é consequência da cominação penal e da possibilidade de execução da pena. Resulta nesse sentido mais que duvidoso que as penas exerçam de fato uma verdadeira *coação* psicológica sobre os cidadãos – delinquentes, e em especial, que isso possa predicar-se a respeito de todos os indivíduos, ignorando a existência de determinados setores imunes ao rol

³⁰⁴ ROXIN, em: *Problemas básicos del derecho penal*, p. 25.

³⁰⁵ SAUER, *Derecho penal*, p. 19.

³⁰⁶ HASSEMER, *Fundamentos de derecho penal*, p. 384.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

atribuído a normas e sanções. Na opinião de ROXIN, a prevenção geral não é capaz de outorgar fundamento ao poder estatal de aplicar sanções jurídico-penais, e também não pode estabelecer os limites necessários para as consequências que essa atividade traz consigo. Além disso, sob o ponto de vista político criminal, a prevenção geral é questionável, carecendo de legitimação, conforme os fundamentos do ordenamento jurídico.³⁰⁷

Com relação à pena de *trabalhos em beneficio da comunidade* dentro de uma abordagem preventiva geral negativa, a questão que se suscita é se esta pena tem caráter intimidatório suficiente e se pode contribuir a dissuadir aos cidadãos da comissão de delitos, na medida em que por regra geral se atribui às penas de cumprimento na comunidade menor capacidade dissuasória. A resposta a este entendimento deriva da aplicação direta da exposição feita anteriormente. Vale dizer, os efeitos dissuasórios da pena de trabalhos em beneficio da comunidade também estão determinados pelas condicionantes que afetam a pena em abstrato. Nesse sentido, resulta complicado saber quantas pessoas podem deixar de cometer ilícitos penais a partir do cálculo custo-benefício, e mais tendo em conta que os eventuais efeitos dissuasórios dependerão da intuição do individuo sobre as possibilidades de ser detido e condenado pela sanção. Se bem que a sanção de trabalhos em beneficio da comunidade parece ter menor capacidade intimidatória que uma pena de prisão não deve descartar-se em principio uma determinada eficácia preventivo geral negativa, tanto em termos de custo – beneficio (quando os resultados previsíveis da atuação delitiva não compensam as limitações de liberdade e a obrigação de trabalhar) como em termos de intuição de probabilidade de imposição da pena (quando o individuo teme o procedimento judicial e também os efeitos sociais de sua pena).³⁰⁸

³⁰⁷ ROXIN, op.cit., p. 25.

³⁰⁸ Vid. TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 57 e 58.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

Portanto, o maior ou menor grau dissuasório da pena de trabalhos em benefício da comunidade habita da certeza de sua aplicação e execução. Tanto se a pena se impõe como substituta da prisão como em sendo considerada pena principal prevista na parte especial do Código penal, os efeitos dependerão do grau de certeza ou de probabilidade que os cidadãos percebam a respeito da aplicação da pena e da postergação da extinção da responsabilidade penal até o cumprimento da prestação imposta ao condenado. Não será tanto a exemplaridade em sua execução, ou seja, a imposição de trabalhos excessivamente penosos o que deveria centrar o conteúdo dissuasório da pena. Seria suficiente a esses efeitos, a compreensão por parte do cidadão a quem se destina a norma jurídica, que a pena lhe *obrigará* a desenvolver uma atividade que seja supervisionada de forma *honrosa* e que será revogada em caso de descumprimento ou de cumprimento ineficaz, e que estas circunstâncias suporão uma intromissão em sua atividade cotidiana, um recorte de sua liberdade, que lhe obrigará a adaptar alguns hábitos de sua vida no dia a dia.³⁰⁹ De todas as formas é necessário que haja certa compreensão da mensagem da norma e que, na escala de sanções que estabelece o Código penal, a pena de trabalho em benefício da comunidade tenha uma adequada relação proporcional com a conduta proibida no tipo. Esta adequação sobre a gravidade do delito praticado que resulta necessária a *efeitos preventivos*, não se alcança de forma exclusiva da aceitação dos critérios dissuasórios atinentes à prevenção geral negativa, senão que resulta importante implorar aos critérios de proporcionalidade (cardinal e ordinal) aos que se fez referência quando trabalhadas as teorias retributivas da pena.

Em outra perspectiva, também resulta fundamental a respeito dos efeitos dissuasórios da pena as características do delinquente. A teoria da prevenção geral negativa revela seus efeitos para aqueles delinquentes com capacidade para realizar uma mínima ponderação prévia das conseqüências de seu comportamento. Portanto, *difícilmente* a pena de trabalhos em benefício da comunidade terá efeitos dissuasórios para algumas

³⁰⁹ JUNGER-TAS, *Alternatives to prison sentences*, p. 12. Para DOLCINI, RIDPP (1977), p. 514, a segurança que a pena de trabalhos comunitários será efetivamente aplicada tem maior eficácia dissuasória que a cominação de um delito com uma pena de prisão da qual se confia, porque geralmente dessa forma se sucede, uma vez que não será aplicada.

classes de delinquentes, principalmente àqueles que sofrem psicopatias ou outras patologias mentais, delinquentes habituais que freqüentaram em algumas ocasiões estabelecimentos penitenciários, ou aqueles que atuaram por motivos passionais e em situações de arrebatamento. Certamente, para estes indivíduos não só resulta pouco eficaz, em termos de dissuasão a pena de trabalho em benefício da comunidade como qualquer outra, inclusive a privação da liberdade. Do contrário, pode significar eficaz para aqueles delinquentes primários ou para aqueles que não têm consolidada uma carreira criminosa, e para os quais o temor de submeter-se a um processo penal e a eventual aplicação de uma sanção que lhe obrigue a re-planejar algumas de suas atividades do dia a dia possa ter evidentes efeitos dissuasórios.³¹⁰

2. Prevenção geral positiva

A prevenção geral positiva concede também propósitos preventivos à pena se bem, a diferença de sua concepção negativa, estas finalidades não se pretendem conseguir pela via da intimidação aos indivíduos, senão pela via de favorecer a interiorização por parte dos cidadãos das regras de comportamento, e procurar influir positivamente no estabelecimento das normas fundamentais. Age sobre a responsabilidade do cidadão e busca gerar neles uma atitude de convencimento de *fidelidade* ao Direito. Com essa perspectiva se destina ao Direito penal o papel de reforçar a consciência jurídica da comunidade e aumentar sua disposição ao cumprimento das normas jurídicas. Não obstante, é de suma importância salientar, que sob a denominação genérica de prevenção geral positiva se englobam diversos conceitos que envolvem à justificação do Direito penal, que compartilhem, porém, a vontade de alcançar finalidades de prevenção geral com distintas estratégias supostamente mais coerentes que as derivadas da prevenção geral negativa.³¹¹

³¹⁰ TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 58 e ss.

³¹¹ Para uma breve análise comparativa entre as diferentes teses da prevenção geral positiva, vid., entre outros, GIL GIL, em: Díez RIPOLLÉS, *La nueva ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, LH al Prof. Dr. Cerezo Mir, pp. 9 e 10; BITENCOURT, *Falência da pena de prisão*, pp. 144 e ss.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

A versão fundamentadora da prevenção geral positiva impulsionada por WELZEL insta a dizer que o Direito penal cumpre uma função ético-social, para qual mais importante que a proteção de bens jurídicos é a *garantia de vigência* real dos valores de ação da atitude jurídica. A proteção de bens jurídicos constitui somente uma função de prevenção negativa. O papel mais importante do Direito penal, no entanto, é de natureza ético-social. Ao proscrever e castigar a violação de valores fundamentais, o Direito penal expressa, de forma mais eloquente de que dispõe o Estado, a vigência de tais valores, conforme o juízo ético-social do cidadão, fortalecendo sua atitude constante de fidelidade ao Direito.³¹² A defesa da função ético-social do Direito penal foi acolhida e desenvolvida por JAKOBS, em que veio a denominar-se modelo de *funcionalismo sistêmico*. Ao Direito penal, conforme JAKOBS corresponde garantir a função orientadora das normas jurídicas. Partindo do conceito de Direito expressado pelo sociólogo LUHMANN, JAKOBS entende que as normas jurídicas buscam *estabilizar* e institucionalizar as experiências sociais, servindo, dessa forma, como orientação da conduta que os cidadãos devem observar nas suas relações sociais.³¹³ Nesse contexto, o castigo reafirma a função orientadora e de confiança própria das normas jurídicas. Ou seja, a pena não exerce um rol negativo-intimidador senão positivo-reafirmador da *confiança* da norma.³¹⁴

³¹² WELZEL, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 01 e ss.

³¹³ JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General, passim*. No entanto, é fundamental relevar aqui duas considerações bastante oportunas: A *primeira* no sentido de considerar que esta prevenção geral positiva se parece à retribuição (retribuição funcional, segundo LESCH); a *segunda* que esta teoria de JAKOBS está, todavia em evolução. Primeiramente era uma concepção instrumental-integradora, logo, normativo-dialética, e mais recentemente (em 2004) voltou a mudar de idéia. Dessa forma, a idéia da necessidade de um “alicerce cognitivo” da vigência da norma mediante a imposição de uma pena para explicar concretamente o sofrimento penal foi introduzida por JAKOBS enquanto elemento central e geral do atual estágio de evolução de sua teoria da pena. Vid. JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, pp. 5 e ss., 26 e ss., 30 e *passim*. Em contrapartida, posicionam-se mais ceticamente sobre essa orientação CANCIO MELIÁ/FEIJOO SÁNCHEZ, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs”, estudo preliminar a JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, pp. 53 e ss; SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 4 (2006), 377 (www.indret.com), pp. 03 e ss, e onde mais adiante *saúda* o professor alemão da seguinte forma: “Bem vindo de novo ao mundo real, querido Prof. Jakobs!”, p. 06.

³¹⁴ Vid. MIR PUIG, ADPCP (1986), p. 53; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 25.

No entanto, apesar do mérito de conseguir uma justificação para o Direito penal afastada dos pressupostos intimidadores, o certo é que a prevenção geral positiva na versão fundamentadora, não ficou, tampouco, isenta de críticas.

Em *primeiro lugar*, com essa teoria está-se permitindo, quando não obrigando, a utilização da pena, mesmo quando a proteção de bens jurídicos é desnecessária, baseada na idéia tradicional de prevenção geral ou especial. Assim, se a função exclusiva do Direito penal fosse a de confirmar a confiança depositada nas normas penais, porque razão não seria suficiente uma simples declaração a respeito? Porque é necessária a imposição de um mal como pena, se o que se busca não é a intimidação, mas evitar possíveis dúvidas sobre a vigência da regra que foi violada?³¹⁵

Em *segundo lugar*, sob o ponto de vista interno, a prevenção geral positiva fundamentadora não explica porque a estabilização de expectativas deve ocorrer por meio da imposição de um castigo e não por outros instrumentos menos graves e funcionalmente equivalentes.³¹⁶ E desde uma perspectiva extra-sistêmica considera-se a mesma conservadora e legitimadora da atual tendência de expansão e intensificação da resposta penal diante dos problemas sociais.³¹⁷

Em *terceiro lugar*, a mera substituição de uma prevenção geral, em sua versão tradicional, isto é, intimidadora, pela prevenção socialmente integradora pode

³¹⁵ MIR. PUIG, op.cit., p. 54.

³¹⁶ BARATTA, DP (1985), pp. 16 e ss.

³¹⁷ BARATTA, op.cit., pp. 21 e ss; Para MUNÓZ CONDE, *Derecho penal y control social*, pp. 19 e ss, o fato de que a teoria sistêmica proporciona valioso instrumento para o estudo dos fenômenos sociais, entre os quais o Direito penal como meio de controle social, referida teoria não é válida para a valoração crítica de tais fenômenos, pois o centro de gravidade desloca-se da subjetividade do indivíduo para a subjetividade do sistema. No mesmo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 233, considera que substituir o conceito daquilo que é justo ou proporcional como expressão pontual de uma determinada razão histórica e culturalmente condicionada, pelo sentimento de que em um determinado momento possam ter os membros de uma sociedade, encobre a necessidade irracional da pena ou de uma determinada pena para conter os impulsos do subconsciente, e isso, no entanto, faz comportar novamente a instrumentalização do delinqüente.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

acarretar simplesmente uma *regressão*, que se pode constatar em dois aspectos: de um lado, porque as exigências da sanção podem, em certos momentos, ultrapassar os limites estabelecidos pela teoria da prevenção tradicional. Por outro lado, a substituição de uma prevenção geral no sentido clássico, taxada de irracional, por um conceito de prevenção integradora ou estabilizadora, presumidamente racional, pode ser definitivamente incoerente, visto que a primeira sim pode ser suscetível de fundamentação, controle e emprego absolutamente concebíveis, enquanto a segunda, não deixa de ser uma racionalização de algo subjacente e inconsciente: impulsos e agressividades de natureza evidentemente irracionais.³¹⁸

Outro posicionamento crítico que pôde ser argüido posteriormente, consiste em que a intervenção penal para a garantia de expectativas é um conceito que se manipula esquecendo a especificidade própria do Direito penal, enquanto meio de controle formal que está submetido a múltiplas garantias e limites. Essa teoria parece tender a eliminar as barreiras formais entre o Direito penal e outros instrumentos de controle sociais menos traumáticos.³¹⁹ Dessa forma, o Direito penal se torna um instrumento de controle vazio em conteúdo e de funções específicas.³²⁰

A teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, portanto, *não* constitui uma alternativa real que satisfaça as atuais necessidades da teoria da pena. É criticável também sua pretensão de impor à pessoa coativamente, determinados padrões éticos, algo inaceitável em um Estado social e democrático de Direito.³²¹ É igualmente questionável a supressão de alguns dos limites do *jus puniendi*, tanto em aspectos formais quanto materiais, fato que conduz ao desenvolvimento de uma política criminal carente de legitimidade democrática.

³¹⁸ Vid. LUZON PEÑA, CPC 16 (1982), pp. 98 e 99.

³¹⁹ MIR, PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 39; HASSEMER, em: *Derecho Penal y ciencias sociales*, pp. 137 e ss.

³²⁰ QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal, Parte General*, p. 135.

³²¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 274, critica que os postulados da prevenção geral integradora confundem o Direito com a moral.

A margem da função fundamentadora da prevenção geral positiva se desenvolveu também uma versão limitadora desta teoria segundo o qual não é aceitável atribuir ao Direito penal uma função de prevenção geral positiva se com isso se pretende, além da intimidação que inevitavelmente comporta toda a sanção ainda existe uma ingerência na esfera privada do indivíduo. Os partidários³²² dessa versão limitadora da prevenção geral positiva centram seus propósitos em limitar os excessos de pena derivados das concepções intimidadoras, no sentido que o Estado não deve estabelecer para uma determinada conduta mais pena que aquela aceitável dentro dos parâmetros sociais. A prevenção geral positiva se articula então entorno da função de proteção de bens jurídicos do Direito penal, e exige que a imposição de sanções em conformidade com a consciência social leve também em conta os princípios da legalidade, de humanidade, de culpabilidade e proporcionalidade.³²³ Assim, a prevenção geral positiva já não é, desde essa concepção, o oposto da prevenção geral negativa senão um caminho para limitar os efeitos intimidadores que são inerentes ao sistema penal e para conseguir que os cidadãos obedeçam as normas pela percepção que se deve adquirir de que essas são legítimas e justas.

A análise dos componentes de prevenção geral positiva na pena de trabalhos em benefício da comunidade para a aceitação que essa pena, tanto na fase de cominação quanto na de aplicação e execução, possui elementos capazes de contribuir com a consolidação e com o *restabelecimento da confiança* dos cidadãos no ordenamento jurídico que foi lesado ou posto em perigo. No entanto, a tarefa não é tão simples, e isso porque, a prevenção geral positiva não pode ser entendida exclusivamente como uma teoria da pena, já que a sua vocação não é a de explicar o sentido da pena, e sim

³²² Esta versão limitadora é defendida por, entre outros, ROXIN, em: *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, pp. 93 e ss; MIR PUIG, ADPCP (1986), p. 54, sustenta que a formalização do Direito penal tem lugar por meio da vinculação com as normas jurídicas e objetiva limitar a intervenção do Estado em atenção aos direitos individuais do cidadão. Para HASSEMER, em: *Derecho Penal y ciencias sociales*, p. 136, a pena, como forma de castigar formalmente, submete-se a determinados pressupostos e limitações, aos quais não se subordina às demais sanções. A pena deve manter-se dentro dos limites do Direito penal do fato e da proporcionalidade e apenas deve ser imposta por meio de um procedimento que assegure todas as garantias constitucionais.

³²³ MIR. PUIG, op.cit., p. 58; HASSEMER, op.cit., pp. 136 e 137.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

tratar de justificar ou orientar o Direito penal, sendo mais útil, portanto, como uma teoria do Direito penal mais que uma teoria da pena. Ou seja, seus pressupostos estão mais direcionados a conseguir que o cidadão *confie* no Direito e a partir dessa confiança opte pela observância e cumprimento da norma, já que não se destina a explicar as razões existenciais da pena. É com esse entendimento que se pressupõe a complexidade em discernir de que forma a pena de trabalhos em benefício da comunidade contribui, conforme a versão fundamentadora desta teoria, a conseguir o cumprimento da norma jurídica e, na sua versão limitadora, a proteção de bens jurídicos.

Em todo caso, como foi possível perceber quando se abordou a prevenção geral negativa, também aqui os efeitos preventivos ficam adstritos às mesmas condições e limitações pertencentes ao restante de sanções penais. Em princípio, os efeitos de manutenção de confiança na norma jurídica e a vontade de obedecer ao Direito não se justificam de modo mais eficiente com a imposição de uma pena de trabalhos em benefício da comunidade com que uma de prisão. Ademais, naquilo que possa considerar-se uma pena justa e que desdobre os efeitos desejáveis depende em grande medida da consciência social, e o contexto político do momento pode favorecer demandas punitivas aflitivas e contribuir com que a pena de trabalhos em benefício da comunidade fique repelida dos pressupostos de mínima gravidade, generalizando a cominação do fato delitivo com penas de prisão. No entanto, na fase de aplicação dos trabalhos essa pena pode contribuir mediante a reprovação do delito que já foi cometido e que nem a sociedade nem o Direito podem mais tolerar, a consolidar nos cidadãos o respeito pelos valores que a norma jurídica protege e a convicção sobre a importância de sua observância, não tanto por um sentimento de intimidação ou de medo da sanção imposta, mas para que se garanta o convívio social. Além disso, o fato de que esta pena consista na imposição de uma prestação positiva (fazer algo) por parte do autor a favor da comunidade, possa contribuir a que a coletividade acolha o trabalho do condenado como uma forma de ser reparada simbolicamente do mal cometido, e que isso aufira para o cidadão uma nova manifestação da bondade do Direito. Diferentemente de outras sanções que impõem

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

uma restrição ao autor sem um benefício direto à comunidade como contrapartida, e que, portanto só podem configurar-se em sede de prevenção geral positiva apelando a critérios de pacificação social por meio do castigo severo, os trabalhos em benefício da comunidade têm como principal vantagem a contraprestação direta e efetiva à comunidade pela via dos serviços prestados que o condenado realiza para a comunidade.³²⁴

Assim, a reparação do dano causado e a satisfação dos interesses da vítima contribuem para suprimir a perturbação social produzida pelo delito. E esta reparação, não deve ser entendida apenas no âmbito de reparação da vítima em concreto do delito, senão que se deve incluir também as prestações simbólicas de reparação, como os trabalhos em benefício da comunidade, dos quais se pressupõe idoneidade para contribuir ao restabelecimento da norma jurídica.³²⁵ Este argumento último se expande ainda com as referências à necessidade de se buscar alternativas à imposição das penas convencionais com o objetivo de que a sociedade não entenda a sanção penal como um símbolo abstrato de reparação e sim que possa estabelecer-se uma relação entre a sanção que se aplica e o delito praticado. Desse modo, a sociedade pode ter uma idéia mais clara sobre a finalidade de proteção da concreta regra infringida.³²⁶ Sem dúvida essas sugestões da prevenção geral positiva garantiram o terreno para a recepção e desenvolvimento dos postulados da justiça restauradora ou de determinadas sanções comunitárias, originárias do contexto anglo-saxônico, que propunham a *evolução* de formas de reparação e interação entre ofensor, vítima e a comunidade para a resolução de conflitos penais. A plena resolução desses conflitos deveria potencializar a fidelidade dos cidadãos ao Direito. Considera-se que tanto por seu amplo espaço conquistado na atualidade, como pela

³²⁴ Vid. TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 66 e 67.

³²⁵ ROXIN, DP (1979), p. 97.

³²⁶ TAMARIT SUMALLA, *La reparación a la víctima en el derecho penal*, pp. 188 e ss; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, p. 189.

sua estreita relação com a pena de trabalhos em benefício da comunidade, estas teorias merecem ser objeto de análise em um apartado específico.³²⁷

B. A prevenção especial

Diferentemente da prevenção geral, a prevenção especial pretende projetar os fins da pena ao sujeito que já praticou o fato delitivo, objetivando que não *volte a delinquir*. VON LISZT, criador das teorias da prevenção especial, recorria em seu *Programa de Marburgo* as finalidades preventivas da pena e as adequava às três categorias de delinquentes que a criminologia havia diferenciado: a pena atua como elemento de *recordação* ao criminoso eventual, como meio *corretivo* frente ao delincente de estado, e como forma de *inocuidade* para o delincente habitual e incorrigível.³²⁸ Para VON LISZT a função da pena e do Direito penal é a proteção de bens jurídicos por meio da incidência da pena na pessoa do delincente, com a finalidade de evitar futuros delitos. Essa teoria, portanto, pode ser sintetizada por três expressões: intimidação, correção e neutralização.

1. A prevenção especial negativa

A intervenção sobre o autor do delito implica, na versão da prevenção especial negativa, a neutralização do delincente, ou seja, seu isolamento social com o fim de evitar que esse cometa novos delitos. Durante um período, ou definitivamente, naqueles ordenamentos jurídicos em que se consagra a imposição da pena capital, se impõem obstáculos ao delincente para impedir-lhe colocar em prática seus desejos criminosos. Geralmente, esses obstáculos se materializam no âmbito dos estabelecimentos prisionais, que pretendem prevenir a reincidência do sujeito no mundo exterior, tão logo cumpra sua pena, se bem que hoje em dia, se desenvolveram novas técnicas punitivas que centram parte de seu conteúdo na

³²⁷ Infra § 2º, V.

³²⁸ VON LISZT, *A idéia do fim no Direito Penal*, p. 58.

prevenção especial negativa. Diferentemente da prevenção geral e da prevenção especial positiva os fins perseguidos na prevenção especial negativa não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado e tampouco pretende modificar sua conduta, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que ele *não* volte a transgredir as normas penais.

Para destinar efetivamente seus propósitos de prevenção de novas condutas delitivas, a prevenção especial negativa necessita que determinados elementos concorram entre si. Assim, se considera em *primeiro lugar* que os delinquentes a quem se neutraliza devem ser, ao menos potencialmente reincidentes, de modo que o crime cometido não se configure como um fato isolado. Em *segundo lugar*, os delinquentes incapacitados não devem ser reintegrados ao meio social de forma imediata para que o conteúdo essencial dessa teoria não perca credibilidade. Também não se deve inocuizar o delinquente por um lapso de tempo consideravelmente longo, para que não se desacostume a viver em liberdade e em sociedade.³²⁹ Em *terceiro lugar*, a prisão não deveria contribuir com a incrementação da atividade delitiva dos condenados logo após o cumprimento da pena, ou seja, os estabelecimentos carcerários não devem constituir verdadeiras escolas do crime³³⁰ de forma que os delitos que se previnam pela via da restrição da liberdade se compensem com os que cometem os mesmos sujeitos uma vez que consigam a liberdade.

Conseqüentemente, mesmo que a prevenção especial negativa tenha constituído um desenvolvimento teórico de difícil aceitação como único fundamento legitimador da intervenção punitiva no marco do Estado social e democrático de Direito³³¹, não

³²⁹ Para MAPELLI CAFFARENA, RPC 0 (1986), p. 175, não se pode pretender em hipótese alguma, reeducar ou ressocializar uma pessoa para a liberdade em condição de não liberdade, constituindo isso um verdadeiro paradoxo. Vid., Também HASSEMER, *Fundamentos de derecho penal*, p. 357 e BITENCOURT, *A falência da pena de prisão*, pp. 139 e ss.

³³⁰ MUÑOZ CONDE, RCS 31 (1979), p. 151, ressalta que não há nada mais distante da ressocialização do que a prisão. Basta destacar os novos hábitos que o recluso adquire ao ingressar na prisão, tais como vestimenta, formas determinadas de andar pelos pátios, a observação do “Código do preso” e a assunção de uma nova cultura, a cultura do presídio.

³³¹ Vid. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 273; MUÑOZ CONDE, op.cit., 137.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

resulta difícil identificar, seja no discurso político, seja em algumas decisões legislativas,³³² a evidência de certo retorno a alguns desses postulados.³³³

Com relação à pena de trabalhos em benefício da comunidade torna-se claramente inadequado pretender sua justificação teórica unicamente em critérios de prevenção especial negativa, posto que esta pena comporta essencialmente, uma estreita vinculação com a comunidade e nenhum isolamento desta. Por outro lado, é possível reconhecer que a pena de trabalhos em benefício da comunidade pode ter também determinados efeitos incapacitadores, na medida em que durante a prestação dos serviços se desenvolva uma estreita supervisão ao condenado e, portanto, limitando sua liberdade de movimento e de atuação.³³⁴

Por outro lado, o discurso da prevenção especial negativa e os métodos de predição de reincidência podem ser úteis também desde outro enfoque para explicar e potencializar a pena de trabalhos em benefício da comunidade. Nesse sentido, a possibilidade de detectar os indivíduos que possuem um risco efetivamente elevado de reincidência permitiria separar aqueles indivíduos sobre os quais a sociedade não assume o risco de que voltem à criminalidade e aqueles outros que, ao apresentar certo risco ainda que inferior, possam cumprir sua pena na comunidade. Esta proposta parte da assunção que a pena de trabalhos em benefício da comunidade, e o restante de penas comunitárias que possam preencher um ordenamento penal, não são sanções das quais se possam impor em todos os delitos e para todos os delinquentes, e em consequência, a pena de prisão deverá continuar, inevitavelmente,

³³² Em que se aponta a um retorno à inocuidade não só na América do norte, mas também na Europa, onde esta concepção da pena nunca deixou de estar em circulação (como por exemplo, a proliferação de leis como o “*Three strikes and you’re out*”, a política de tolerância zero e a difusão das teorias da inocuidade coletiva).

³³³ Vid., entre outros, COHEN, em: *Contemporary crises*, p. 348; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 198; GARLAND, RSP 13 (1999), pp. 70 e ss; WACQUANT, *As prisões da miséria*, pp. 30 e ss; LARRAURI PIJOAN, em: SILVINA BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (eds.) *Derecho penal y política transnacional*, p. 74. Praticamente todos esses autores afirmam que a inocuidade que se busca para evitar a reincidência através de técnicas eficazes são muito discutíveis por destinar ao autor do delito intervenções de máxima intensidade.

³³⁴ YOUNG, *Community service orders*, p. 46.

prevista para os delitos mais graves e a sujeitos especialmente mais perigosos. Ou seja, se assume que em certas situações, a incapacitação do delinquente e sua exclusão do âmbito social resultam indispensáveis para garantir a paz na comunidade, de modo que a utilização de técnicas sofisticadas colabore com a detecção destes casos. A aceitação da incapacitação como última instância e só para os casos mais graves, deixa então a porta aberta para aplicar com maior amplitude as penas que são executadas e supervisionadas na comunidade. A pena de trabalhos em benefício da comunidade, nesse sentido, encontra ampliado seu campo de atuação na medida em que os aplicadores do Direito confiem que a imposição dessa pena não incrementará o risco para o restante da cidadania, questão que, em caso de confirmação deveria aumentar também (conforme a linha de pensamento da prevenção geral positiva) a *confiança* dos cidadãos nas penas que exigem o cumprimento na comunidade.³³⁵

2. A prevenção especial positiva

A teoria da prevenção especial positiva recomenda a orientação do cumprimento e da execução da pena de modo que o castigo aplicado seja *útil* ao próprio infrator, no sentido de que a intervenção ao condenado facilite sua plena integração social e o retorno à comunidade. Estas propostas foram objeto de inúmeras discussões que gravitaram entre o otimismo mais caloroso em relação às possibilidades ressocializadoras da pena até as críticas mais severas. O certo é que, apesar das objeções que possam atribuir à teoria da prevenção geral positiva, algumas de suas características mais peculiares contribuem para dar sentido e fundamento à pena de trabalho em benefício da comunidade.³³⁶

³³⁵ Vid. TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 71 e 72.

³³⁶ TORRES ROSELL, *op.cit.*, p. 72.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

Esta teoria parte do pressuposto de que o delito tem uma raiz social³³⁷ que responde a causas experimentais e que a remoção de suas causas com métodos científicos deveria levar a extinção da criminalidade. Propõe-se a necessidade de recorrer à pena ante a comissão de um delito e de destinar sua execução ao tratamento do delinquente, penetrar em sua personalidade e evitar dessa forma a reincidência, agindo a pena como um instrumento capaz de reeducar moralmente o delinquente.³³⁸ Durante os anos 60 do século XX a confiança na capacidade reabilitadora da pena facilitou a impulsão no sistema penal de programas e métodos voltados a essa finalidade, de forma muito particular nos *Estados Unidos* e nos *países escandinavos* em que a filosofia da correção e da regeneração, considerada inicialmente produto de certo renascimento de algumas idéias humanitárias, conseguiu um notável desenvolvimento. No entanto, essa afirmação da filosofia corretora ou de melhora atribuída ao condenado em virtude da teoria da prevenção especial positiva recebeu severa crítica por parte da doutrina, que há rejeitado as conotações moralistas, também valorizando a importância de se limitar a capacidade do Estado de interferir na vida e na personalidade dos cidadãos.³³⁹ Por outro lado, a objeção e o desencanto, já em finais do século XX sobre as expectativas depositadas na capacidade reabilitadora da pena, tem, não obstante, distintos enfoques.

³³⁷ Como é sabido, DURKHEIM percebeu que a criminalidade é apenas mais um dos componentes da sociedade sã e que a própria sociedade que cria e a define. Questiona até que ponto é legítimo exigir a reabilitação do delinquente, que nada mais é do que produto dessa mesma sociedade.

³³⁸ MUÑOZ CONDE, RCS 31, (1979), pp. 91 e ss. Sob essa configuração intervencionista do Estado encontra-se o idealismo positivista com base fundamentadora: a ciência positiva fundamentava a ordem e a disciplina. A partir daí, o controle social se exercia tendo como base os argumentos científicos em voga: há homens bons e maus. Homens normais e anormais, perigosos e não perigosos. Invoca-se, dessa forma a defesa da sociedade contra os atos desses homens anormais ou perigosos, e, em virtude de seus antecedentes, previam-se-lhes medidas ressocializadoras e neutralizadoras. Vid. BUSTOS RAMIREZ, *El pensamiento criminológico*, pp. 16 e 17.

³³⁹ Autores como ROXIN, em: *Problemas básicos del derecho penal*, p. 17; MUÑOZ CONDE, op.cit., p. 137 e FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp 273 e 397, entendem que o Estado não tem legitimidade para impor aos cidadãos determinado tipo de valor moral. Violaria a liberdade do indivíduo de escolher suas próprias crenças ou ideologias, sendo questionável uma ressocialização no plano moral, isto é, no aspecto interno do indivíduo. Entendida assim, a ressocialização levaria a uma absurda e perigosa manipulação da consciência individual. Para FEELEY/SIMON, *Criminology* 4 (1992), pp. 127 e ss e GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, *Criminologia*, pp. 395 e ss, a idéia de ressocialização do indivíduo por meio da incapacitação pressupõe que o Estado tem legitimidade para impor aos cidadãos um determinado tipo de valores, o que fere gravemente os fundamentos de uma sociedade pluralista e democrática.

Em *primeiro lugar* as discussões se deram em torno dos objetivos implícitos inseridos no conceito de prevenção especial positiva e, em concreto, se para a realização destes objetivos seria suficiente que o indivíduo acate externamente a norma com o fim de evitar a reincidência, ou, pelo contrário, se é necessário condicioná-lo aos valores dominantes de uma determinada sociedade e exigir-lhe a interiorização moral e sua adesão subjetiva.³⁴⁰ Em suma, se trata de arquitetar um programa reeducativo máximo ou resulta suficiente um programa e uma exigência mínima, que busquem a não reincidência do indivíduo por outras vias que não a *interferência* direta em sua esfera de livre convicção, evitando-se nessa segunda hipótese, a ingerência no âmbito interno de valores do indivíduo com o objetivo de modificá-lo. Esta segunda opção parece ser mais aceitável atualmente na doutrina, que não tolera uma ingerência moral por parte do Estado na personalidade do indivíduo.³⁴¹

Em *segundo lugar*, a teoria da prevenção especial positiva também foi objeto de críticas em referência ao método utilizado para conseguir cumprir com os seus propósitos. Considera-se que a finalidade ressocializadora não favorece a delimitação temporal da intervenção estatal por intermédio de sanções determinadas, senão pelo contrário, favorece uma intervenção prolongada que se justifica na necessidade de tratamento até a efetiva correção do sujeito, o que poderia, em alguns casos, levar a incapacitação perpétua.³⁴² Por outro lado, indicar a ressocialização como único fundamento para a imposição de uma pena comporta também optar pela impunidade, quando, por exemplo, se valore que o delinquente não necessita ser ressocializado por que o fato ocorrido foi considerado isolado e, portanto, não existe perigo de reincidência.

³⁴⁰ Nesse sentido, BUSTOS RAMIREZ/HORMAZABAL MALARÉE, em: *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, p. 125; ROXIN, em: *Problemas básicos del derecho penal*, p. 16; MUÑOZ CONDE, op.cit., p. 65; GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 37.

³⁴¹ ROXIN, op.cit., pp. 21 e 22; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminologia*, pp. 395 – 398.

³⁴² ROXIN, op.cit., p. 16.

Em *terceiro lugar*, duras críticas foram destinadas às técnicas de ressocialização desenvolvidas, especialmente, no âmbito dos estabelecimentos penitenciários, pela via do tratamento associado à pena privativa de liberdade. A primeira contrariedade que se apresenta em relação ao tratamento penitenciário é sua absoluta *ineficácia* diante das condições de vida que o interior dos estabelecimentos oferece aos reclusos.³⁴³ Em segundo lugar, mencionam-se os possíveis problemas para os delinquentes e seus *direitos fundamentais* que a execução de certo tratamento penitenciário proporcionaria. Uma terceira posição crítica refere-se à falta de meios adequados e de pessoal capacitado para colocar em prática um tratamento penitenciário plenamente eficaz. Nesse contexto, a crítica ao tratamento se converteu no toque de alarme à possibilidade que o Estado fizera uso do tratamento penitenciário para moldar a personalidade dos reclusos a sua conveniência, podendo afetar a dignidade dessas pessoas.³⁴⁴ Atualmente, a doutrina majoritária considera que o tratamento penitenciário tem mais conteúdo *educativo* que clínico, não comportando a manipulação do recluso, senão que busca o propósito de melhorar sua qualidade de vida potencializando suas habilidades e dotando-lhe de instrumentos condizentes à sua participação comunitária.³⁴⁵ Dessa forma, se configura o tratamento como um *Direito* pertencente ao condenado, e não como um dever que se possa exercer coativamente aos reclusos.

Por outra parte, mais recentemente se oportunizaram novas perspectivas no cenário da prevenção especial positiva. Desenvolveram-se novas teses que defendem que os

³⁴³ Vid. MUÑOZ CONDE, CPC, 7 (1979), p. 145; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 271; ASÚA BATARRITA, em: *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, p. 961. No mesmo sentido, BITENCOURT, *Falência da pena de prisão*, p. 140, alega que ninguém, em sã consciência, ignora que não há nada mais distante da ressocialização do que a prisão.

³⁴⁴ MUNOZ CONDE, op.cit., p. 137. No entanto, GRAMSCI, em sua concepção de Direito, vê o problema sob outro enfoque. Para referido autor, o Direito é o instrumento idôneo do Estado para a criação e manutenção de determinado tipo de civilização, de cidadão, de convivência e de relações sociais. O Estado pode eliminar certos costumes e atitudes e, em seu lugar, busca impor outros. Vid. GRAMSCI, *Política y sociedad*, p. 177.

³⁴⁵ GARCIA – PABLOS DE MOLINA, *Criminologia*, 451; GARLAND, *Punishment and modern society*, p. 136; BETTIOL, *O mito da reeducação*, pp. 64 – 67.

objetivos dessa teoria preventiva podem se realizar no sentido de não dessocialização do sujeito.³⁴⁶ Ou seja, que o objetivo de prevenir novos crimes pelo direcionamento de incidir de forma positiva sobre o agente do delito não sempre deve assumir-se a partir da pena de prisão, senão que pode concretizar-se também mantendo ao sujeito ligado à sociedade quando a gravidade do fato delituoso e as características do sujeito permitam uma determinada intervenção na liberdade. Assim, a pena que se deve cumprir na comunidade se destina a um conteúdo que evite colaborar com a reincidência pelo caminho de dessocializar ao sujeito e de por mais obstáculos à possibilidade de uma trajetória futura sem delitos. Por este motivo, resulta oportuno planejar a finalidade preventiva especial em relação com a pena de trabalhos em benefício da comunidade e reafirmar como as diversas objeções anteriormente formuladas perdem consistência perante esta pena. Nesse sentido, grande parte da doutrina³⁴⁷ coincide em destacar o relevante papel em sede de prevenção especial positiva que se pode destinar a esta pena, se bem que também deverá levar em conta as características pessoais do sujeito e das circunstâncias de sua execução.

Em *primeiro lugar*, na medida em que se executam a pena de trabalhos em benefício da comunidade sem privar o sujeito de sua liberdade ou sem uma restrição mais drástica que vai além das horas destinadas a realização das prestações, favorecem de fato a não dessocialização do sujeito. Pretende-se dessa forma, *evitar afastar* o indivíduo de seu âmbito social, familiar, laboral e obrigar-lhe a adaptar-se a disciplina e as relações sociais artificiais (funcionários e outros condenados) que lhe são inerentes.³⁴⁸ A pena de trabalho em benefício da comunidade, uma vez que não

³⁴⁶ Vid. ASÚA BATARRITA, em: *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, pp. 962 e ss; ÁLVAREZ GARCÍA, *Consideraciones sobre los fines de la pena*, p. 76; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 1990, p. 147.

³⁴⁷ YOUNG, *Community service orders*, pp. 38 e ss; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, pp. 81 e ss; ASÚA BATARRITA, em: *Estudios de Deusto*, 1984, pp. 318 e ss; POZUELO PÉREZ, *Icade* (1997), pp. 334 e ss; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 78 e ss; SZNICK, *Penas alternativas*, pp. 150 e ss; BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, pp. 137 e ss; CRUZ, *Penas alternativas no direito pátrio*, pp. 104 e ss. Em diferente sentido, MANZANARES SAMANIEGO/ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, AP (1996), p. 487, consideram que com algumas horas de trabalho não é possível alcançar-se nenhuma ressocialização, a não ser que o sujeito as prescinda.

³⁴⁸ TORRES ROSELL, op.cit., p. 79.

implica a privação de liberdade do sujeito, elucidam muitas das críticas dirigidas à prisão e ao tratamento penitenciário reabilitador, em especial aquelas voltadas à dessocialização do indivíduo como consequência do isolamento de suas atividades habituais. Assim, o condenado mantém suas responsabilidades perante sua família e seu ofício, no caso de desenvolver algum.³⁴⁹ Nesse sentido, a realização de uma atividade no âmbito da comunidade, libera o indivíduo de ter que submeter-se a alguns costumes e disciplinas que nem sempre contribuem com a sua adaptação ao convívio em liberdade.

Porém, tampouco o cumprimento de uma pena em liberdade *garante* que o condenado terá uma vida futura sem cometer delitos. Sobre aqueles indivíduos em que o delito é considerado um fato isolado, o cumprimento da pena na comunidade não só é um caminho menos ingerente de satisfazer a responsabilidade penal senão que evita o indivíduo e a coletividade dos custos derivados do conflito inerente no ambiente penitenciário. Outro caso está relacionado com os indivíduos que praticaram o delito em virtude de circunstâncias diretamente vinculadas a sua efetiva interação com certo contexto social. Trata-se de indivíduos sobre os quais é precisamente sua concreta interação com um ambiente criminal o que ampara o delito praticado. Para esses sujeitos, a resposta penal freqüente é a exclusão, pautada na teoria da prevenção especial negativa. Nesses pressupostos os efeitos preventivos especiais não finalizam no elemento da *não dessocialização* do indivíduo, apenas se torna necessário oferecer também a aplicação de alguns programas, da mesma forma que alguns implantados nos centros penitenciários, sirvam para estimular as capacidades dos condenados e favoreçam a reinserção social dos mesmos.

Em *segundo lugar*, e em direta ligação com os efeitos não dessocializadores, a pena de trabalhos em benefício da comunidade destaca-se pelo agrupamento de uma série de elementos que podem favorecer a socialização do indivíduo. Talvez essa seja a manifestação mais evidente do potencial ressocializador dessa pena pelo fato de que

³⁴⁹ JESCHECK, em: *Tres conferencias de Derecho penal*, p. 40.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

gira em torno dela um fator importante, o laboral, que se reconhece como *pedra angular* de qualquer intenção reabilitadora do delinqüente.³⁵⁰ O trabalho, dessa forma, pode ser reconhecido como um fator determinante de relação e socialização. Por outro lado, a falta de trabalho e a desocupação do indivíduo se vinculam a fatores de desvio criminal, até o ponto que surgiram variáveis importantes no âmbito das pesquisas criminológicas.³⁵¹

Apesar de tudo, o potencial ressocializador do trabalho que é o conteúdo fundamental dessa pena dependerá da concreta orientação que se destinará. A prestação de uma atividade que se suponha exclusivamente uma imposição de esforço físico em que não resulte uma prestação construtiva será dificilmente aceitável como ressocializadora. Por isso, talvez o conteúdo mais evidentemente ressocializador da pena de trabalhos em benefício da comunidade é aquele que leva em conta as características pessoais do condenado e que aproveita suas aptidões e/ou interesses para orientá-los a aprendizagem de uma atividade produtiva e remunerada após cumprir a sua pena. Isso deve permitir que o sujeito se identifique com o conteúdo da tarefa que lhe poderá ser imputada, das necessidades que se pretendem alcançar e os resultados da prestação.³⁵² Este planejamento se torna especialmente importante para os indivíduos que não dispõem de um lugar de trabalho e para quem a própria inatividade pode facilitar a prática delitiva.

Nesse contexto, a prestação da atividade pode atingir uma via utilitária em que se possa aprender, não apenas algumas técnicas específicas de um ofício, bem como a resolver de forma razoável os problemas ou empecilhos que surgem durante a realização da prestação, melhorando dessa forma, as habilidades mais peculiares. Acrescenta-se a isso o fato de que a prestação do trabalho possa contribuir, ao

³⁵⁰ Vid. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, pp. 245 e ss; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 82; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *La Ley* (1985), p. 1068; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 81.

³⁵¹ Como exemplo a importância da utilização da ocupação laboral como variável nas análises sobre a reincidência. Vid. CLEMMER, em: *Readings in criminology and penology*, pp. 222 e 510.

³⁵² BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, pp. 92 e 93.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

menos, a desenvolver ou recuperar habilidades e capacidades desconhecidas ou descuidadas, ou até mesmo a recuperar hábitos laborais e horários regulares, etc.³⁵³

Por outro lado, pode-se também considerar especialmente favoráveis as relações que o indivíduo possa estabelecer no momento que presta suas atividades, tanto como destinatário dos serviços, como com o restante de trabalhadores ou voluntários da instituição em que se participa.³⁵⁴ Os contatos com os destinatários das prestações, principalmente quando se trata de coletivos carentes, podem criar uma relação de interação, sempre e quando não se adotem atitudes estigmatizadoras para o sujeito, podem proporcionar uma via de realização pessoal para superar atitudes irresponsáveis e anti-sociais.³⁵⁵

Resulta ainda argumentável, evidentemente, que nem sempre e em todos os casos é necessário atender todos a estes critérios. Ou seja, que a atividade destine ao condenado a possibilidade de aprendizagem de algumas habilidades ou técnicas que lhe possam ser útil na sua tentativa de inserir-se ao mercado de trabalho é especialmente interessante para condenados sem ocupação laboral nos quais sua conduta delitiva é em maior ou menor grau fruto de sua desocupação. Contrariamente, resulta menos relevante quando o condenado já dispõe de uma ocupação laboral habitual em que os efeitos da prevenção especial positiva se concentrariam no elemento da não dessocialização. De todas as formas, a atitude pró-social das pessoas que estão em contato permanente com o condenado durante o período de cumprimento da pena, pode resultar especialmente num efeito positivo. Isso porque o contato com outras pessoas e com os trabalhadores da instituição onde se prestam os trabalhos se ratifica e potencializa, todavia mais quando estas pessoas enfatizam e animam os comportamentos socialmente valiosos. No entanto, a eventual

³⁵³ Vid. BRANDARIZ GARCÍA, op. cit, pp. 81 e ss; TORRES ROSELL, *La pena de trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 83.

³⁵⁴ Circunstância já referenciada pelo *Informe Wootons*, percussor dos *community service orders* ingleses no ano de 1970.

³⁵⁵ YOUNG, *Community service orders*, p. 45; BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 86; PARES I GALLES, CPC, p. 159.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

transformação de atitudes no indivíduo não se potencializará apenas com o contato com outras pessoas e sim quando estas adotam e demonstram quais são as condutas adequadas para uma vida harmoniosa e pacífica. Agregam-se a esse propósito não só a atitude de respeito à outras pessoas mas também o reconhecimento do valor que para os beneficiários das atividades pode representar o trabalho que o condenado desenvolve. A partir desse entendimento, resulta fundamental e aconselhável que as pessoas que estão próximas com o condenado durante a execução da pena, além de fiscalizar o correto cumprimento e de informar as eventuais deficiências, atuem como uma figura *referente* para o condenado e lhe demonstrem para que tipo de pessoas e de que forma suas atividades resultam benéficas à comunidade.³⁵⁶ Atitudes como estas verificadas pelos agentes que supervisionam a execução da pena, devem contribuir para aperfeiçoar os potenciais ressocializadores para fazer desta sanção um instrumento especialmente relevante para a (re) inclusão do sujeito na sociedade.³⁵⁷ Do contrário, o condenado pode avaliar sua atividade como inútil, o que poderia gerar sentimentos perversos contra a pena que se executa.

Finalmente, e em relação com a capacidade ressocializadora da pena de trabalhos em benefício da comunidade, resulta importante planejar se o estabelecimento de uma relação entre a conduta delitiva e prestação do trabalho que se aplica pode ter efeitos nessa linha, de modo que seja a própria tarefa e não só a realização de umas prestações em abstrato, o que contribuiria para alterar o comportamento do condenado no sentido de diminuir ou abandonar a atividade criminosa. Esta questão se encontra vinculada com os aspectos que fazem referência aos novos postulados de justiça restaurativa. O exercício de uma prestação da qual o indivíduo se encontra

³⁵⁶ TORRES ROSELL, *La pena de trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 85.

³⁵⁷ Nessa mesma linha se pronuncia a Resolução 76 (10) de 9 de março de 1976 do Comitê de Ministros do Conselho de Europa que no seu art. 3.c) insta aos Estados a buscarem os benefícios dos trabalhos em benefício da comunidade, em especial a possibilidade para a comunidade de contribuir ativamente à reabilitação do ofensor ao aceitar sua contribuição no trabalho voluntário. Vid. BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 91, ressalta que para conseguir resultados de autoestima e realização pessoal do indivíduo é necessário que se leve em conta o tipo de conteúdo da atividade a ser desenvolvida em relação com as capacidades do condenado e as possibilidades de que o desenvolvimento da prestação lhe permita conseguir determinada formação laboral.

diretamente com os efeitos negativos de seu comportamento pode contribuir para uma reflexão dos resultados de suas atuações para evitar ações parecidas no futuro. Nessa linha se pode concluir que a atividade positiva exercida pelo condenado contribui decisivamente para que a sociedade aceite o retorno do condenado ao seu convívio e espere com menos objeções uma trajetória futura de vida sem delitos.³⁵⁸

IV. Teorias unificadoras

O debate sobre as teorias da pena não se esgota nas teorias absolutas e preventivas. As teorias mistas ou unificadoras tentam incorporar em um único conceito os fins da pena. Essa corrente tenta recolher os elementos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Para MIR. PUIG, a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a sanção penal.³⁵⁹ Essa teoria parte da crítica concebida às soluções *monistas*, ou seja, às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena. Sustentam que essa uniformidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fatores sociais que interessam ao Direito penal, com graves consequências para os direitos fundamentais do homem.³⁶⁰ Esse é um dos argumentos essenciais que ressaltam a necessidade de adotar uma nova teoria que abranja a *pluralidade funcional* da sanção penal. Dessa forma, essa orientação estabelece um marco diferencial entre fundamento e fim da pena.

Em relação ao fundamento da pena, sustenta-se que a sanção não deve justificar-se em nada que não seja o delito praticado. Com essa afirmação, afasta-se um dos pressupostos básicos da teoria da prevenção geral: a intimidação que a pena proporciona ao resto da comunidade de praticar delitos. E, com a mesma justificativa, evita-se uma possível fundamentação preventivo-especial da pena, na

³⁵⁸ DOLCINI, RIDPP (1977), p.511.

³⁵⁹ MIR. PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 46.

³⁶⁰ TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto de derecho penal*, p. 217; BITENCOURT, *Falência da pena de prisão*, p. 142.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

qual, tem como base aquilo que o delinqüente pode vir a praticar se não receber o tratamento a tempo, e não o que já foi realizado, tornando-se um critério ofensivo à dignidade da pessoa ao reduzi-la à categoria de doente biológico ou social³⁶¹

A teoria unificadora atribui ao Direito penal uma função de *proteção à sociedade*, e é a partir dessa base que as correntes doutrinárias se diversificam. Nesse contexto, MIR PUIG distingue duas posições: *de um lado* a conservadora, representada pelo *Projeto Oficial do Código penal alemão* de 1962, caracterizada pelos que crêem que a proteção da sociedade deve estar justificada com base na retribuição justa, e, na determinação da pena, as finalidades preventivas desempenham um papel exclusivamente complementar, sempre dentro dessa perspectiva retributiva; *de outro lado*, surge a corrente progressista, concretizada no *Projeto Alternativo alemão*, de 1966, que inverte os termos da relação: o fundamento da pena passa a ser a defesa da sociedade, é dizer, a proteção de bens jurídicos, e a retribuição corresponde apenas no estabelecimento do limite máximo de exigências da prevenção, impedindo que essas exigências ultrapassem os limites de aplicação da pena para além do delito praticado.³⁶²

Em síntese, essa teoria aceita a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção estatal pela sanção penal. No entanto, a pena não pode ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado, ademais, busca a afirmação dos pressupostos de prevenção geral e especial. Limitaram-se inicialmente a justapor os *fins preventivos*, gerais e especiais, reproduzindo dessa forma, as insuficiências das considerações *monistas* da pena. Logo, num segundo momento, a atenção passou a ser dada na procura de outras construções que permitam unificar os fins preventivos a partir das diversas etapas da norma (cominação, aplicação e

³⁶¹ BITENCOURT, op.cit., p. 142.

³⁶² MIR. PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 46. Também nesse sentido, BUSTOS RAMIREZ, *Manual de derecho penal español. Parte General*, p. 49; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 331 e ss, em que reafirma a idéia de que a pena cumpre efetivamente uma função de castigar o individuo e reconhece, além desse papel, o objetivo de proteção do condenado contra a reação descontrolada dos demais membros da sociedade ante o delito praticado, sendo o limite do poder do Estado em punir.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

execução). Tais concepções centralizam, portanto, o fim do Direito penal na idéia de prevenção. A retribuição em suas bases teóricas, seja pela culpabilidade, seja pela proporcionalidade, desempenha um papel limitador das exigências preventivas.³⁶³

A intenção de resolver esses defeitos, na opinião de ROXIN, justapondo três conceitos distintos, tem forçosamente de fracassar, e o motivo é que a simples adição não só rompe com a lógica imanente à concepção, como também aumenta o âmbito de aplicação da sanção, que se converte em meio de reação apto a qualquer emprego. Para o autor, os efeitos de cada teoria não se suprimem entre si, mas ao contrário, multiplicam-se entre si.³⁶⁴

Com relação à pena de trabalhos em benefício da comunidade, as teorias mistas acolhem o projeto segundo o qual nenhuma das teorias da pena resenhadas é suficiente, por si só, para atribuir completo conteúdo a pena de trabalhos comunitários. Assim mesmo, compreender que todas elas atuam simultaneamente não é garantia de uma execução satisfatória dessa pena. A teoria unificadora *dialética* de ROXIN³⁶⁵ permite reconhecer, num primeiro momento, que a retribuição (a proporcionalidade e a censura destinada ao condenado) deve responder à gravidade do delito e a culpabilidade do condenado, e conseqüentemente, não se pode impor uma pena de trabalhos em benefício da comunidade mais severa que aquela que venha determinada em atenção dos critérios argüidos. Isso leva a crer que nem por razões de prevenção geral nem especial não se pode justificar a imposição de alguns trabalhos de maior duração ou maior severidade que aquele que determine o limite máximo de proporcionalidade. Por outro lado, e em segundo lugar, sobre a interação entre a prevenção especial e geral, a teoria dialética leva a outorgar maior importância à prevenção geral no momento da cominação de uma conduta com a

³⁶³ QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte General*, p. 129.

³⁶⁴ ROXIN, em: *Problemas básicos del derecho penal*, p. 26.

³⁶⁵ ROXIN, op.cit., pp. 20 e ss. Denomina dialética esta teoria porque com ela se acentua o caráter antitético dos diversos pontos de vista e procura reuni-los numa síntese, reconhecendo as antíteses inerentes em toda existência social.

pena de trabalhos em benefício da comunidade com o objetivo de convencer aos cidadãos da conveniência de submeter seu comportamento às proibições manifestadas na Lei penal. Na fase de aplicação da pena, ou seja, quando o juiz individualiza a sanção, e também na fase de execução, a prioridade deve ser outorgada a finalidade *preventivo-especial*. Isso pressupõe a não dessocialização do sujeito, e na medida do possível, colocar à disposição do delinquente aqueles instrumentos capazes de contribuir com a não reincidência.³⁶⁶

No entanto, tampouco as teorias unificadoras da pena preenchem as formulações sobre os fins que cabe outorgar à pena de trabalhos em benefício da comunidade, e sem dúvida uma contribuição importante para compreender os reais potenciais dessa pena deve advir da ótica reparadora que se passa a analisar.

V. A justiça restaurativa e a pena de trabalhos em benefício da comunidade

A. Introdução

Nas últimas décadas as concepções tradicionais do Direito penal, especialmente aquelas voltadas aos fins e funções desse ramo do Direito e da sanção penal, foram objeto de um extenso debate acerca dos fundamentos de sua existência e sobre as finalidades que lhe são inerentes. As perguntas sobre a eficácia preventiva das penas tradicionais, tanto a partir da perspectiva da prevenção especial como geral, ressurgiram conjuntamente com o processo de revitalização da vítima, outorgando, com a atribuição a vítima do delito um maior protagonismo no campo do Direito penal material e processual.³⁶⁷ O Direito penal se viu necessariamente submetido

³⁶⁶ Nesse sentido, TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 90.

³⁶⁷ Vid., entre outros, ROXIN, em: *Jornadas sobre el Derecho Penal en Alemania*, p. 23; GARLAND, *La cultura del control*, pp. 207 e 208; GARCÍA – PABLOS, em: *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. LH al Profesor Antonio Beristain*, p. 193 e ss., em que o autor põe em relevo o fato de que não se deve cair no equivoco de considerar ese 'recrudescimento' como uma regressão à 'idade do ouro' da vítima e da vingança pública; TAMARIT SUMALLA, *La reparación a la víctima en el derecho penal*, pp. 178 y 179; LARRAURI PIJOAN, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.) *Penas alternativas a la prisión*, pp. 171 e ss; VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora como estrategia de control social, passim*; ROIG TORRES, *La reparación del daño causado por el delito*, pp. 441.

durante muitos anos a promover ao réu alguns mecanismos mais idôneos para um processo eminentemente garantista que limitasse os potenciais abusos do Estado no seu Direito de punir. Porém, *paradoxalmente* este processo garantista foi em parte desenvolvido sobre a base de diminuir as faculdades da vítima tanto na participação do procedimento como na de ver o dano reparado pela a prática do delito. A vítima foi reconhecida como a parte esquecida do sistema, e não só experimentou o fato de ser excluída da relação, e freqüentemente da compensação, no processo, porque também se fez eco sobre o suposto fracasso das técnicas de reabilitação. No final de contas, todo esse contexto contribuiu para uma evidente frustração pelo funcionamento lento de uma justiça burocrática, em colapso, mas, principalmente, pela generalização do sentimento por grande parte da sociedade de que o sistema penal só é eficaz em algumas poucas ocasiões. Cria-se, portanto a idéia de que a pena imposta após o término do processo penal não contribuirá, na grande maioria dos casos, a melhorar a situação da vítima depois da prática do fato delitivo. E isso, agregado ao temor que as inúmeras instâncias pelas quais se deve transitar suponham ocasiões para sentir-se novamente *revitimizado*, levou em algumas situações os próprios membros da comunidade a rejeitar a necessidade de denunciar os fatos e colocar em marcha todo o aparato de justiça criminal.³⁶⁸

Diante desse complexo contexto, focar novamente a atenção na vítima do delito pressupõe abrir um caminho para a construção de um modelo de justiça mais próximo das pessoas, e especialmente para aquelas que sofreram alguma alteração na sua vida com a prática do delito. Assim, a introdução da reparação em todas as suas

ROLDAN BARBERO, RP (2003), p. 143 e ss; Para LARRAURI PUJAN, em: SILVINA BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (eds.) *Derecho penal y política transnacional*, p. 294, a entrada da vítima no contexto punitivo ou participativo se deu graças à crise de legitimidade do sistema penal, fruto de sua natureza burocrática, não participativa e ineficaz. Também ressalta a autora uma modificação na percepção do delito, que tende a deixar de conceber-se com uma ofensa ao Estado, passando a destinar-se o dano cometido diretamente à vítima. Na doutrina brasileira, JESUS, *Lei dos juizados especiais criminais anotada*, p. 25; BITENCOURT, *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*, p. 93; LOPES, *Lei dos juizados especiais cíveis e criminais*, p. 16; COSTA, *Penas alternativas*, p. 61.

³⁶⁸ Nesse sentido, argumenta QUINTERO OLIVARES, em: *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, 1989, p. 589, que em muitas situações a vítima não tem nenhum interesse em que se aplique uma pena ao autor do delito e sim na mera reparação do dano.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

formas (seja a vítima concreta, seja à comunidade de maneira simbólica) no sistema penal constitui, por si só, mais que uma teoria da pena, uma verdadeira orientação para o Direito penal material e processual, podendo, inclusive, ser estendido a outros espaços de resolução de conflitos, como no âmbito familiar, escolar, administrativo e também, no âmbito dos conflitos internacionais.

Dessa forma, o instituto da reparação faz despertarem distintas opiniões. Por *um lado*, aqueles que possuem algum receio sobre a introdução da reparação no sistema penal, uma vez que isso poderia supor uma reprivatização do Direito penal, e, portanto, essa circunstância poderia acarretar a perda gradual de algumas garantias fundamentais conquistadas com tanto esforço. A partir desse entendimento se propunha a necessidade de manter a diferença entre o conceito de ilícito penal e civil e deixar na órbita do Direito civil os temas vinculados com a reparação do dano, reservando para o Direito penal a proteção dos principais bens jurídicos. Não se trata de rejeitar a relevância de atender às necessidades de reparação da vítima (essas se dariam no campo do Direito civil), apenas se pretende reduzir as relações entre o Estado com o infrator no campo do Direito penal. Em contrapartida, se desenvolve o entendimento de quem vê na reparação a via de acesso à abolição do Direito penal. Entre um e outro entendimento se abre um campo vastíssimo de posições favoráveis a ter em conta, em maior ou menor grau, a reparação da vítima do delito, tanto durante o processo como na fase de execução da pena, no caso em que o réu seja condenado.³⁶⁹

Na idéia de uma justiça reparadora se tem em comum a vontade de *aproximar* o Direito penal dos cidadãos e desenvolver processos e penas que tendam a solucionar os conflitos causados pelo delito não só no sentido econômico, mas também no sentido de uma compensação moral. Desde a visão reparadora, portanto, o fim do Direito penal já não é exclusivamente a retribuição pelo delito praticado ou da prevenção de futuros delitos que possam ocorrer, e sim a reparação do *prejuízo*

³⁶⁹ TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 93.

causado pelo delito³⁷⁰ que pode ser dada diretamente a vítima do delito ou por meio de trabalhos em benefício da comunidade.

B. Os trabalhos em benefício da comunidade como instrumento de reparação no modelo de Direito penal tradicional

Antes de analisar a configuração da pena de trabalhos em benefício da comunidade como instrumento de reparação no âmbito da justiça restaurativa, far-se-á necessário, compreender, ainda que brevemente, como se dá a integração da reparação no modelo tradicional do Direito penal.

Esta integração parte do pressuposto que a resposta penal ao delito deve vir fundamentalmente do âmbito do Direito penal, uma vez que se considera que neste modelo tradicional, monopolizado pelo Estado, é o que oferece mais e *melhores* garantias ao imputado. Contudo, nada impede que se possa defender uma reorientação do sistema penal para que fomente uma participação mais incisiva das partes no processo, sempre que não se restrinja algumas garantias fundamentais, fixando um rol de situações que promova maior ação da vítima do delito no processo penal. Talvez seja pertinente também num segundo momento planejar a possibilidade de instaurar o desenvolvimento de processos de justiça restaurativa paralelos aos processos convencionais, de modo que os acordos informais alcançados possam incorporar-se e ser levados em conta no processo formal tradicional.³⁷¹

O prestígio da reparação fica claro também nos propósitos sobre a conveniência de dotar às penas de certo conteúdo reparador que complemente as finalidades retributivas ou preventivas (de modo que reoriente os efeitos das penas já previstas

³⁷⁰ WALGRAVE, *La justice restaurative*, pp. 09 e 10.

³⁷¹ Vid. TORRES ROSELL, op.cit., p. 94. Para a autora este posicionamento sobre o modelo de justiça que se considera mais idôneo não obsta para que, em certos casos se possa valorar como útil o recurso conferido à mediação penal, especialmente em delitos considerados de pouca gravidade e em supostos atinentes à delinquência juvenil.

nos ordenamentos penais³⁷²) ou idealizando novas formas de penalizar que promovam também um benefício aos prejudicados pela comissão do delito. Na medida em que não se atribuem desde este ponto de vista os efeitos em si mesmo do processo penal convencional, como se sucede nos processos de mediação, o eventual conteúdo reparador da justiça penal se concentra nas sanções que se aplicam e os efeitos que delas se derivam. Diferentemente da prisão ou de penas que restringem determinados direitos, que buscam alcançar geralmente fins retributivos e preventivos, os ordenamentos jurídico-penais vão introduzindo em seu rol punitivo, opções que permitem dar cumprimento a uma determinada reparação às pessoas que foram prejudicadas pela prática de um delito. No entanto, vem se entendendo atualmente que as penas que podem se impor com caráter eminentemente reparador dentro do sistema penal tradicional são a *reparação da vítima* do delito³⁷³ e a *prestação de trabalhos em benefício da comunidade*. Esta segunda opção que se propõe como sanção de caráter reparador e que pode ser aplicada em qualquer fase do processo penal, diferentemente das dificuldades existentes em relação à reparação em sentido estrito para serem reconhecidas no catálogo de sanções penais, possuem a vantagem de serem considerados uma pena. Isso porque, além de incorporar um conteúdo reparador, se prevê sua aplicação como uma consequência jurídica pela

³⁷² ROIG TORRES, *La reparación del daño por el delito*, pp 472 e ss, argumenta que a pesar de se manter o sistema de sanções estático e inalterado, a reparação concretizada pode destinar efeitos atenuantes da pena e não excludentes de pena pois se entende que isto afetaria às finalidades preventivas do Direito penal.

³⁷³ A reparação constitui uma forma de compensação direta a vítima pelo prejuízo material e emocional sofrido pela prática do delito. Esse instituto vem sendo valorado por parte da doutrina como uma consequência jurídica do delito muito controvertida, uma vez que também os modelos tradicionais de justiça estabelecem que, paralelamente à decisão penal, as instâncias judiciais devem avaliar a quantidade do dano causado pela prática delituosa e compelir ao autor, no âmbito do Direito civil, a satisfação da vítima pelos prejuízos. Dessa forma, se planeja em numerosas situações se este conteúdo reparador não pode ser já satisfeito pelo caminho do Direito privado, sem que se recorra ao Direito penal que é muito mais traumático apesar de possuir instrumentos mais garantistas ao imputado que outros ramos do ordenamento. Vid. TAMARIT SUMALLA, *La reparación a la víctima en el derecho penal*, pp. 99 e ss e 172 e ss; ROIG TORRES, *La reparación del daño por el delito*, pp. 129 e ss; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 95. Para HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, p. 174, ainda que o propósito das iniciativas destinadas a conceder mais protagonismo à vítima, se mostram mais ecléticos pois na realidade não se pode prever ainda se esta desformalização enriquece de alguma forma o Direito penal ou, em sentido oposto, pode contribuir com a diminuição de algumas garantias formais direcionadas ao imputado.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

prática de uma conduta delitiva. A exigência do consentimento para a execução dessa pena não se equivale à reparação voluntária. A conduta delitiva comporta inevitavelmente a imposição de uma sanção penal, e caso se conte com o consentimento do apenado, o juiz pode optar pela imposição de uma pena de trabalhos no lugar de uma pena prevista como principal no ordenamento penal ou no lugar de uma que se estabelece como alternativa. Portanto, o consentimento do condenado para reparar o mal praticado não exclui a imposição de uma sanção ou atenua as consequências senão que permite uma simples execução alternativa da consequência legalmente prevista no ordenamento. Contudo, o certo é que a maior implicação social que se requer para a execução de alguns serviços a favor da comunidade dificulta um tratamento similar ao que se costuma aplicar à reparação entre autor e vítima, no sentido de que o juiz possa levar em conta a reparação efetuada nos momentos processuais e anteriores à execução da pena a efeitos de atenuar aquela ou até mesmo verificar sua substituição ou suspensão. No entanto, essa circunstância não deveria excluir a possibilidade de aplicar consequências similares às prestações realizadas pelo autor do delito com o objetivo de emendar o dano causado com a conduta ilícita.³⁷⁴

O sentido que se pode conceder à realização de trabalhos em benefício da comunidade como um instrumento eminentemente reparador deve compreender dois pontos de vistas, em atenção à classe de delitos que se confronta. Dessa forma, se pode considerar que estes serviços atuam como uma fórmula de reparação direta à comunidade em relação com aqueles delitos que causaram prejuízos a bens jurídicos cuja titularidade era a própria coletividade, do contrário se estaria diante de uma forma de reparação simbólica à sociedade nos casos em que se opte pela imposição desta pena ainda que exista uma vítima concreta.

Em *primeiro lugar*, pois, em relação com os delitos que atentam a bens jurídicos coletivos, a imposição de alguns trabalhos em benefício da comunidade surge de um pensamento destinado para compensar diretamente o prejuízo que o dano ou a

³⁷⁴ TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 98.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

exposição do perigo do bem jurídico causou à sociedade ou a parte dela. A prestação que realiza o autor do delito pode ser considerada uma forma adequada para a reparação da sociedade quando nesta estão inseridos um conteúdo apto para reparar o dano causado. Vale dizer, quando por meios das prestações realizadas se pretende que a situação posterior à prática do delito devesse ser o mais parecido possível a como era antes da consumação daquele, *minimizando* o dano cometido e procurando que as prestações resultem benéficas para a mesma coletividade que ficou prejudicada pelo delito. De todas as formas, para dotar de conteúdo reparador os trabalhos que se impõem, deve-se beneficiar à comunidade que ficou prejudicada pelo delito, bem contribuindo a que a situação posterior à prática delitiva possa equivaler-se à que existia antes da comissão do delito, ou bem compensando financeira e moralmente às vítimas que resultaram afetadas.

Em *segundo lugar*, nos casos em que existe uma vítima específica ou individualizável, a imposição de trabalhos em benefício da comunidade como pena comportaria um conteúdo reparador *simbólico*.³⁷⁵ Nessa circunstância, não se pretende utilizar a via penal para atender aos interesses da vítima concreta (que deveriam ser satisfeitos pela via da responsabilidade civil derivada do delito), e sim que a reparação se direcione à *comunidade* apesar de não haver sido esta diretamente afetada pelo delito. O conteúdo simbólico deriva precisamente do fato que a prestação realizada se interpreta como uma forma de satisfazer o interesse da coletividade a receber uma contraprestação pelo desrespeito dos direitos de algum de seus membros.³⁷⁶ Trata-se, portanto de um conteúdo simbólico de reparação haja vista que a sociedade não foi diretamente abalada pelo delito praticado. Assim, é fundamental compreender então que o dano causado a vítima específica com a comissão do delito repercute também *negativamente* no âmbito da sociedade, tanto materialmente como emocionalmente. Isso implica dizer num primeiro momento que a prestação que se realiza em interesse geral tem um conteúdo material e econômico

³⁷⁵ YOUNG, *Community service orders*, p. 36.

³⁷⁶ TORRES ROSELL, op. cit., p. 99.

vantajoso que se materializa na falta de necessidade de assumir para estes delinquentes os elevados custos que acarreta a permanência do condenado em um estabelecimento carcerário. Estes custos se vêem ainda compensados pelo resultado da prestação de uma atividade que em muitos casos suporá diretamente uma economia para a comunidade beneficiária e que, de não articular-se por outro caminho, provavelmente ninguém a realizaria.³⁷⁷ Num segundo momento, e em consonância com a reparação emocional, esta deriva do fato que a realização da atividade do infrator a favor da comunidade pode ser interpretada como simples mostra da capacidade do condenado para destinar um esforço pessoal a desenvolver condutas positivas para a sociedade.³⁷⁸ Nesse sentido, as prestações que o condenado realiza podem ter relação direta com o delito praticado (no sentido de reparar à comunidade da qual pertence a vítima) ou pode solicitar-se ao condenado a prestação de serviços a um grupo ou associação de vítimas análogas. Contudo, e na medida em que se depara com as dificuldades para se encontrar uma ocupação, é possível manter o componente reparador ainda quando os trabalhos não tenham relação direta com o delito. Nesta situação aumentam-se ainda mais o sentido simbólico da reparação, pelo fato de que é a atitude positiva do condenado que aceita o cumprimento das tarefas a que merece uma avaliação positiva por parte da comunidade. Isso resulta também precisamente importante nos casos em que não exista o cometimento de um delito mensurado economicamente, ou porque se trata de delitos de perigo ou porque o delito ficou na modalidade tentada, pois nessas circunstâncias será ainda mais viável a realização de uns trabalhos em benefício da comunidade que se desenvolvem no âmbito da reparação moral simbólica em favor da coletividade.³⁷⁹

³⁷⁷ Vid. BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 99.

³⁷⁸ Nesse sentido, MATRAVERS, *Punishment and political theory*, p. 132, expõe que a pena não é apenas um controle social objetivo, mas prática da sociedade civil que reconhece, no outro, uma pessoa.

³⁷⁹ MCIVOR, em: BOTTOMS/REX/ROBINSON (eds.) *Alternatives to prison. Options for an insecure society*, p. 166; TORRES ROSELL, op. cit., pp. 100 e 101.

C. Os trabalhos em benefício da comunidade no âmbito da justiça restaurativa

Pode-se afirmar sem dúvida alguma que as considerações realizadas nesse apartado serão similares às efetuadas no apartado anterior, ainda que haja uma distinção inicial que nos leva a contrapor contextos antagônicos. Enquanto que no *modelo tradicional* de justiça os trabalhos se impõem como pena principal ou substitutiva e em alguns modelos penais como condição associada à suspensão da pena, mas em todos os casos decorrentes de uma sentença criminal, na *justiça restaurativa* o desenvolvimento de um processo restaurativo aceito de forma voluntária pelas partes não está limitado à instância prévia na sentença, senão que é possível que o processo e o conseqüente acordo de trabalhos em benefício da comunidade se consiga na fase de execução da sentença.

A participação voluntária por parte do autor e da vítima do delito em um processo de justiça restaurativa, com caráter preliminar à decisão judicial, pode supor, naqueles ordenamentos penais em que o *principio da oportunidade* assim o permita, que o acordo efetivado entre as partes seja suficiente para finalizar o procedimento penal iniciado anteriormente. Por outro lado, em outros sistemas jurídico-penais, o acordo realizado pelas partes do conflito pode ser valorado pelo juiz como um elemento atenuador da pena correspondente ou inclusive, a partir desse acordo, pode propor a substituição ou a suspensão. Em todo caso, a legislação deve oportunizar o “socorro” a estas formas de justiça restaurativa uma vez iniciado o procedimento penal e valorar seus resultados, já que atualmente, os sistemas que acolheram com mais força os propósitos e os processos da justiça restaurativa foram os países *anglo-saxônicos*. Tanto no caso espanhol como no brasileiro, o canal introdutório desses postulados foi a justiça penal de menores, considerada laboratório tradicional das temáticas penais, porém, nessa situação, com o acréscimo de ter que compartilhar a intenção ao interesse do menor infrator com a focalização da justiça restaurativa na pessoa da vítima. Este é o caso dos dois ordenamentos, em que a possibilidade de acudir a um processo dessa natureza se encontra prevista apenas na LO espanhola 5/2000 e na Lei brasileira n. 8069, de 13 de julho de 1990, se bem que puseram em marcha alguns

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

programas no sentido de direcionar a aplicação da mediação também no campo da justiça penal de adultos.³⁸⁰

Portanto, em breve, pode-se converter numa realidade freqüente em que as partes cheguem a um acordo de conciliação no âmbito de um processo de mediação e que, no caso de não querer a vítima manter posterior contato com o infrator, ou sentir-se já reparada com as simples desculpas, ou haver ficado o delito na modalidade da tentativa e, portanto carente de uma perda matéria considerável, se assinale o cumprimento de uns trabalhos em benefício da comunidade.³⁸¹ Nessa circunstância, o juiz poderia dar por encerrado o processo penal ou apreciar o acordo aos efeitos apropriados, e de todas as formas impulsionar as atividades correspondentes à Administração para o início e a supervisão da execução dos trabalhos.

No entanto, a participação em um procedimento restaurativo poderia também ser iniciado na fase de execução da pena proferida em sentença.³⁸² Nesse caso, uma vez encerrado o processo penal e constatada a responsabilidade do demandado, as partes voluntariamente, deveriam aceitar a participação num processo de mediação. Em relação às possibilidades abertas nos ordenamentos penais de Espanha e Brasil, respectivamente pela LO 7/2003 de 30 de junho e pela Lei 9.099/95, e em especial ao que já são práticas consolidadas em outros países, se planejará a perspectiva de se finalizar a mediação com o acordo de realizar uns trabalhos em benefício da comunidade.

Em *primeiro lugar*, se o sentenciado foi condenado a uma pena de prisão, o cumprimento de uns trabalhos em benefício da comunidade apresenta alguns problemas práticos, no sentido de considerarem-se como tais os trabalhos que o condenado desenvolve no âmbito do estabelecimento penitenciário e como parte do

³⁸⁰ Nesse sentido a LO 7/2003 espanhola e a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 brasileira.

³⁸¹ TORRES ROSELL, op. cit., pp. 109 e 110.

³⁸² Vid., nesse sentido, RUTHERFORD, em: WHITFIELD/SCOTT (eds.) *Paying back: twenty years of community service*, p. 151; TAMARIT SUMALLA, em: GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, pp. 117 e ss.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

seu tratamento. As distinções mais evidentes entre ambas as formas de trabalho constituem o fato que o trabalho penitenciário se presta em regime de privação da liberdade, que se trata de um trabalho remunerado e que, conforme os atuais modelos de trabalho nos estabelecimentos prisionais, não se trata de trabalhos em benefício da comunidade e sim implementados por uma empresa que visa o lucro. Uma possibilidade concreta para efetivar o cumprimento ao acordo das partes seria então que o recluso destinasse uma parte do lucro obtido com o trabalho penitenciário para reparar o dano causado ou para uma associação de vítimas. Outro caminho seria o comprometimento em cumprir o acordo reparador no período em que o condenado esteja na liberdade condicional ou disponha de uns dias de permissão para reparar à comunidade demonstrando ao serviço técnico ou ao juiz de execução uma valoração positiva de sua voluntariedade em prestar algumas atividades. Nesse caso, o trabalho deveria ser organizado e supervisionado nas mesmas condições daquelas pessoas que não foram privadas de suas liberdades, respeitando em todo caso, as peculiaridades da situação penal que o indivíduo se encontra.³⁸³

Em *segundo lugar*, se o sujeito foi condenado a uma pena não privativa de liberdade é também possível que as partes demonstrem disposição e interesse em participar de um processo restaurativo. A implantação desses procedimentos no âmbito de penas não privativas de liberdade, além de contribuir com uma sensibilização generalizada de *cidadania*, também desbanca a idéia que se trata de uma fórmula direcionada a reduzir o número e a duração dos internamentos em estabelecimentos prisionais e ratificar a importância da vítima no processo penal. Nesse sentido, tal como já foi exposto anteriormente, o acordo de conciliação comportará, provavelmente, um acordo de reparação a vítima do delito. Naquelas circunstâncias em que a vítima não queira manter futuro contato com o autor do delito ou que as características do delito dificultem a própria reparação que, atendendo ao princípio universal de aplicação da reparação, resulta possível centralizar a reparação que oferece o infrator em benefício da comunidade. Nesse caso, poderia ser bem recepcionada a possibilidade que o condenado tivesse incrementada sua pena na fração proporcional ao valor do trabalho

³⁸³ TORRES ROSELL, op.cit., p. 110.

desenvolvido. Assim, em se tratando de pena pecuniária, se poderia computar o valor do trabalho desenvolvido e reduzi-lo da quantia da multa aplicada ou, dado o modelo de dias-multa, mesclar dias de trabalho por quotas de multa. No caso de tratar-se de penas privativas de direitos, a redução da condenação pode ser possível em supostos de inabilitações e suspensões de alguns ofícios ou em privações temporais do exercício de um determinado Direito. No entanto, essa hipótese resultaria mais complicada nos casos das proibições de residir em determinado lugar e de comunicar-se com a vítima e seus familiares.³⁸⁴

VI. Conclusões

O debate em torno do fundamento da pena de trabalhos em benefício da comunidade foi abordado nesse capítulo com um *objetivo duplo*: verificar a capacidade dessa sanção de satisfazer os fins tradicionalmente exigidos às consequências jurídicas ao delito praticado e de elaborar justificativas coerentes que possam ajudar o legislador a melhor situar os trabalhos em benefício da comunidade no sistema de penas, bem como melhor colaborar com os magistrados a resolverem os problemas que possam surgir no momento da aplicação da pena.

É possível perceber que a sanção de trabalhos em benefício da comunidade *tem capacidade* para satisfazer as finalidades tradicionalmente exigidas às penas no âmbito da prevenção geral, prevenção especial, incapacitação e retribuição. Destas finalidades derivam-se consequências concretas para a regulação da sanção, e conforme o modelo de trabalhos em benefício da comunidade adotado, deverão potencializar-se uns ou outros elementos.

Os trabalhos em benefício da comunidade se dotados de conteúdo adequado, especificamente em relação com o tipo de atividades a desempenhar e a formação para o emprego, pode resultar num instrumento satisfatório para melhorar as possibilidades dos indivíduos no mercado de trabalho, com a expectativa de que esse

³⁸⁴ TORRES ROSELL, op. cit., pp. 111 e 112.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

fator resulte em uma diminuição da reincidência. Além disso, a pena de trabalho em benefício da comunidade leva vantagem sobre a prisão porque não interrompe a vida social, laboral e familiar do condenado, não o obrigando a abandonar suas respectivas responsabilidades atinentes à este contexto, de modo que uma duração adequada não dessocializaria e corresponderia positivamente aos pressupostos preventivos especiais.

Referente à teoria da justiça, se pôde observar que a pena de trabalhos em benefício da comunidade é uma consequência jurídica capaz de se *adaptar* proporcionalmente à gravidade das infrações e de traduzir a censura que a prática de um ilícito penal possa merecer.³⁸⁵

Ademais, é possível afirmar que a pena de trabalhos em benefício da comunidade não pode ser considerada uma pena exclusivamente com conteúdo restaurador, mas que sim pode ter efeitos *simbolicamente reparadores*. Pode-se concluir dessa forma, que a reparação não é um fim que justifique a imposição dessa pena, com necessárias consequências para sua regulação; no entanto, deve-se levar em conta que é um dos elementos que abrangem a valoração socialmente positiva desta sanção.

Além de analisar se os trabalhos em benefício da comunidade são capazes de satisfazer os fins das penas, tratou-se de derivar dos mesmos algumas circunstâncias concretas para sua regulação e aplicação que, a partir do ponto de vista de uma fundamentação *mixta* da pena, poderia sistematizar-se da seguinte forma:

1. A pena de trabalhos em benefício da comunidade deve situar-se na *escala de gravidade* das sanções; em particular, deve ser reservada às infrações de gravidade intermediária.
2. Nenhuma das finalidades da pena aconselha uma excessiva duração dos trabalhos a serem desempenhados a favor da comunidade; em contrapartida, considerações

³⁸⁵ BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 199.

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

relacionadas com a proporcionalidade nos leva a recomendar a medição da magnitude sancionatória em termos de horas, prescindindo do conceito de jornadas. Essa idéia se conecta com uma correta dinâmica da aplicação da pena.

3. Ainda com relação à proporcionalidade se considera que à apreciação do descumprimento da pena de trabalhos em benefício da comunidade devem seguir consequências jurídicas de suficiente entidade,³⁸⁶ que exclusivamente em última instância se deva comportar o ingresso do apenado na prisão, implementando-se um sistema escalonado de possíveis medidas que o juiz possa aplicar conforme as necessidades do caso.
4. A partir de uma perspectiva *preventivo especial*, os trabalhos em benefício da comunidade resulta pouco recomendável para certos indivíduos com específicas necessidades ressocializadoras. Assim, sanções como a *probation* ou a suspensão com regras de conduta, que abranjam especificamente essas necessidades, sejam mais apropriadas. Por outro lado, com relação aos indivíduos dos quais cabe aplicar a pena de trabalhos em benefício da comunidade, se pode excluir, com base na necessidade de incapacitação, àqueles que por sua conduta violenta e incapacidade de trabalhar em grupo sob uma supervisão normal representem um determinado risco.
5. Relativo à escolha da atividade a desempenhar, conforme as expectativas preventivo especiais se deverá potencializar o contato entre o condenado, os beneficiários da atividade e demais trabalhadores, a formação do emprego e até onde seja possível a participação do condenado na organização de sua atividade.
6. Por outro lado, elementos de *prevenção geral positiva* recomendam que as atividades a serem desempenhadas sejam percebidas pela comunidade em geral como potencialmente reparadores do dano causado pelo delito; isso deve proporcionar consequências concretas na seleção de postos de trabalhos por parte dos serviços sociais penitenciários.

³⁸⁶ BLAY GIL, op.cit., p. 200

§ 2. FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DO TRABALHO EM BENEFÍCIO DA
COMUNIDADE CONFORME AS TEORIAS DA PENA

7. Para a concretização de uma sanção com credibilidade, em particular com relação aos efeitos de prevenção geral, se revelam fundamental um seguimento e controle correto da execução dos trabalhos; sem essa exigência, dificilmente os órgãos judiciais o considerarão uma alternativa viável à privação da liberdade.
8. Por último, na execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade se deve levar em consideração as necessidades *preventivo especiais* do condenado, devendo respeitar-se suas obrigações laborais, familiares e sociais para que o cumprimento dessa pena não dessocialize o indivíduo, atendendo-se sempre que possível o princípio de flexibilidade. Todavia, com relação à execução da pena, vale a pena recomendar levando em conta o ponto de vista da incapacitação, a possibilidade de distribuir o tempo de cumprimento da pena de modo que evite situações de risco relacionadas com a atividade delitiva do sujeito.³⁸⁷

³⁸⁷ Assim, por exemplo, TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 69; BLAY GIL, *op.cit.*, p. 200.

§ 3. Elementos fundamentais para a aplicação da sanção de trabalhos em benefício da comunidade em Espanha e Brasil

I. Introdução

A introdução da pena de trabalhos em benefício da comunidade no catalogo de sanções dos Códigos penais de Espanha e Brasil foi valorado por parte da doutrina científica e por parte dos agentes da Administração de justiça como uma das *novidades* mais importantes e interessantes que em matéria de punições desenhava desde sua criação o Código da democracia espanhol e o Código brasileiro de 1940, reformulado pela Lei 9.714/98.³⁸⁸ No entanto, e talvez por isso, alguns autores também mencionaram algumas dificuldades na aplicação prática da pena.³⁸⁹ Recentemente, no âmbito do Direito penal espanhol, a aprovação da Lei Orgânica 15/2003 de 25 de novembro em que modifica a Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro do Código penal, em vigor desde o dia 1º de outubro de 2004, introduziu também algumas reformas importantes nesta sanção ampliando seu campo de atuação e modificando a regulação em alguns aspectos. O art. 49 do Código penal

³⁸⁸ Nessa direção, se manifestam entre outros, no contexto penal espanhol, LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, p. 62; MAZA MARTÍN, CDJ (1996), p. 156; SÁNCHEZ GARCÍA, *La ley 4010* (1996), pp. 1499 e ss; TAMARIT SUMALLA, em: QUINTERO OLIVARES (ed.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, p. 359; CHOCLÁN MONTALVO, AP 8 (1997), p. 161; POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos en el Código penal*, p. 77; ARANGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 07; JORGE BARREIRO, AP 5 (2000), p. 498; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 14; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, p. 537; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 277. No contexto brasileiro, JESUS, *Penas alternativas*, p. 156; FRANCO, em: *Temas de derecho penal*, p. 139; REALE JÚNIOR, *Penas restrictivas*, p. 76; FERREIRA, RT 647 (1989), p. 255; MÜLLER, *Ajuris*, 36 (1986), p. 65; GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 150; CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*, pp. 104 e ss; BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p. 137; NEVES, *Penas restrictivas de direitos*, pp. 171 e ss.

³⁸⁹ Vid., na doutrina española, ARANGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 02; MANZANARES SAMANIEGO/ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, AP (1996), p. 488; CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, *Penas alternativas a la prisión*, p. 37; CHOCLÁN MONTALVO, AP 8 (1997), pp. 161 e 162. Na doutrina brasileira essas dificuldades foram abordadas por BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p. 141 e 142; TEIXEIRA/MATSUDA, RBCC 69 (2007), pp. 311 e ss; CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*, pp. 105 e ss.

espanhol descreve os trabalhos em benefício da comunidade como pena que obriga ao condenado a realizar umas atividades não retribuídas, que possam considerar-se de utilidade pública e para as quais o condenado deverá manifestar seu *consentimento*. O texto legal também estabelece um limite à duração diária da execução e também outras circunstâncias que colaboram com a garantia que tem o condenado de não sofrer restrições à sua dignidade.

Da mesma forma, o art. 46 do Código penal brasileiro, com a redação introduzida pela Lei 9.714 de 25 de novembro de 1998, estabelece que a pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. Distintamente do ordenamento penal espanhol, o Código penal brasileiro *não* prevê a possibilidade do prévio consentimento, por entender o legislador, que essa circunstância, apresenta-se, desnecessária pelo simples fato de estarem proscritos do ordenamento jurídico brasileiro as penas de trabalhos forçados.

A respeito de seu âmbito de aplicação, a pena de trabalhos em benefício da comunidade pode ser imposta, como se perceberá nas próximas páginas com mais detalhe, como pena substituta de penas privativas de liberdade (previstas nos artigos 53 e 88 do Código penal espanhol e art. 46, § 4º, do Código penal brasileiro) e também como pena principal prevista em determinados tipos da parte especial do Código penal espanhol.

II. Natureza da sanção e localização sistemática da pena no Código penal

Dentro da atual sistemática punitiva, a pena de trabalhos em benefício da comunidade apresenta critérios de aplicação distintos de outras penas e, inclusive das penas de mesma espécie. As características peculiares desta pena, em especial a necessidade do consentimento do condenado para sua imposição e o fato de ser uma pena consistente na realização positiva e não em uma mera privação de direitos, junto com a circunstância de que ela cumpre distintas funções nos diversos ordenamentos (pena principal, pena substituta da prisão, critério para a substituição

ou obrigação para a *probation*, forma de cumprimento da responsabilidade pessoal pelo não pagamento da multa) fazem com que a doutrina *discuta* acerca de sua natureza jurídica. Parte da doutrina espanhola questiona amplamente a natureza dos trabalhos comunitários como sanção. Alguns autores como SERRANO BUTRAGUEÑO, MAZA MARTÍN e MIR PUIG, prevêm duvidosa a magnitude desta pena.³⁹⁰ Para eles, principalmente os dois primeiros, a pena de trabalhos em benefício da comunidade *não* deve ser considerada uma sanção criminal porque lhe faltam alguns traços básicos sobre o conceito de pena. Essa tese, por um lado, afirma que por ser *voluntária*, rompe com o critério de coercibilidade inerente a toda sanção criminal. Por outro lado, os mesmos autores a consideram uma pena benigna para o condenado, com o que diverge com a posição das demais conseqüências jurídicas, se tratando então, mais de um substituto não penal em relação a outras penas das quais ela possa ser substituta.³⁹¹

Estes argumentos, no entanto, podem ser contestados uma vez que se apresentam em nossos sistemas penais como uma sanção, e isso, por algumas razões: em primeiro *lugar*, o indicativo inicial é que a pena se encontra legitimamente formalizada como sanção privativa de direitos³⁹² (Seção 3ª, do Capítulo I do Título III do Código penal espanhol e Seção 2ª, do Capítulo I do Título V do Código penal brasileiro; em *segundo lugar*, este tipo de trabalho a ser realizado é conseqüência direta de uma

³⁹⁰ SERRANO BUTRAGUEÑO, *Las penas en el nuevo Código penal*, p. 51; MAZA MARTÍN, CDJ (1996), pp. 139 e ss; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, p. 727.

³⁹¹ Vid. BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 130.

³⁹² Para alguns autores, a natureza de pena de esta sanção resulta indiscutível na medida em que assim os declaram os artigos 32, 33 e 39 do Código penal espanhol. En este sentido, BOLDOVA PASAMAR, em GRACIA MARTÍN (ed.) *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 125; POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, pp. 23 y ss; ARANGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 07; GOMES ARROYO, NJ, disponible en: www.noticias.juridicas.com, Acesso em 21.07.2005; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en Beneficio de la Comunidad*, pp. 130 y ss, SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, p. 347; TAMARIT SUMALLA, em: QUINTEROS OLIVARES (ed.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, p. 365; PARES I GALES, CPC 64 (1998), p. 155, TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas*, p. 120. Na doutrina brasileira, SZNICK, *Penas Alternativas*, p. 159; BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p. 137; GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 140; FERREIRA, *Aplicação da pena*, p. 184; CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*, pp. 104 y ss; MIRABETE, *Manual de direito penal*, pp. 270 y ss, CAPEZ, *Curso de Direito Penal. Parte Geral*, p. 365; MARTINS, *Penas alternativas*, p. 95; NEVES, *Penas restritivas de direitos*, p. 171, entre outros.

culpabilidade e não uma mera medida baseada na periculosidade do indivíduo e, por outro lado, os fins desta pena em nenhuma hipótese diferem no substancial dos fins preventivos das penas em geral;³⁹³ em *terceiro lugar* pode-se considerar verdade que a imposição e execução dessa pena implicam a conformidade do condenado, mas essa circunstância não exclui uma utilidade preventiva geral, na medida em que tal consentimento está motivado pela ameaça de uma sanção mais grave. Portanto, a aceitação do réu não pode confundir-se com o elemento de voluntariedade relativa, pois, o condenado não pretende ceder sua força de trabalho de maneira generosa às pretensões do Estado, senão que elege uma opção de *menor gravidade* conforme seus interesses,³⁹⁴ pois se o condenado não consente com a imposição da pena de trabalhos em benefício da comunidade não deixará de haver uma consequência jurídica para a infração praticada: se aplicará a pena originariamente imposta mediante privação de liberdade; em *quarto lugar*, com relação aos critérios de prevenção especial, esta é uma pena em que a voluntariedade, juntamente com a busca de atividades de caráter público, desempenha uma função de utilidade social, realizando fins retributivos, já que é a sociedade quem sofre os custos da criminalidade que, de certa forma se equilibram pelas tarefas executadas pelo prestador dessa pena.³⁹⁵

Outro problema que aflige grande parte da doutrina centra-se no fato de qual *Direito* fica afetado pela aplicação dessa pena. Alguns consideram que se trata de uma parcela de seu tempo livre³⁹⁶. Outros a consideram uma sanção que afeta o Direito à remuneração pelo trabalho executado, um Direito legalmente reconhecido pela

³⁹³ Nesse sentido, ARANGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 14; GOMES ARROYO, NJ, disponible em: www.noticias.juridicas.com, Acesso em 21.07.2005; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en Beneficio de la Comunidad*, pp. 130 y ss.

³⁹⁴ ARANGUEZ SÁNCHEZ, op. cit., p. 14.

³⁹⁵ ARANGUEZ SÁNCHEZ, op. cit., p. 14; ASÚA BATARRITA, em: *Estudios de Deusto*, 1984, p. 317; BERNAL VALLS, RGD, 652 (1999), p. 27.

³⁹⁶ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, p. 682; CID MOLINÉ, em: Cid Moliné/Larrauri Pijoan (eds.) *Penas alternativas a la prisión*, p. 107.

Constituição espanhola em seu art. 35.1³⁹⁷ e, em especial, GARCÍA CALDERÓN que considera essa sanção como a restrição de um Direito à vontade de não trabalhar ou da restrição do Direito a obter trabalho.³⁹⁸ No entanto, resulta muito complicado chegar a um consenso sobre o eventual Direito que fica afetado, inclusive, tudo isso levou parte da doutrina a questionar a inclusão da pena de trabalhos em benefício da comunidade no contexto das penas privativas de direitos.³⁹⁹ Ante tal argumento, BRANDARIZ GARCÍA, alega que se abrem razoavelmente duas alternativas. A *primeira*, entender que a categoria das penas privativas de direitos parece ser uma gaveta onde se coloca tudo que não tem lugar específico (*cajón de sastre*), já que todas as sanções privam de alguma forma algum Direito. Nessa linha, ainda segundo o autor, a presença da pena se explicaria em termos de *exclusão*, já que claramente não é nem uma sanção privativa de liberdade nem uma pecuniária. A *segunda* opção consistiria em considerar que a pena de trabalhos em benefício da comunidade só se poderia encaixar nesse gênero, pois não seria viável nos demais; outra solução seria localizá-los em uma *própria* seção.⁴⁰⁰

Ante o exposto, cabe concluir que talvez a formulação clássica ainda pareça ser a mais adequada para encontrar algum sentido sobre o (s) bem (s) jurídico (s) que possam ser afetados. Desta forma, o conteúdo aflitivo desta pena pode reconduzir-se à imposição da obrigação de trabalhar sem remuneração, à restrição da liberdade de

³⁹⁷ ARANGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 23; BERNAL VALLS, RGD 652 (1999), p. 27.

³⁹⁸ GARCÍA CALDERÓN, *XII Jornadas Penitenciarias Lucenses*, p. 47.

³⁹⁹ Entre eles, MAZA MARTÍN, *Penas privativas de derecho*, pp. 139 e ss; MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 735; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Las penas en el nuevo Código penal*, p. 50; POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos en el Código penal*, p. 82; JORGE BARREIRO, AP 23 (2000), p. 497; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 137. A localização sistemática da pena de trabalhos em benefício da comunidade entre as penas privativas de direitos foi questionada inclusive pelo CGPJ em seu informe de anteprojeto de Lei Orgânica do Código Penal, por não estar claro qual o Direito se está privando. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, RDPC (1994), p. 165.

⁴⁰⁰ BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 138. Na mesma linha, TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 286, sustenta que seria recomendável de *lege ferenda*, afirmar a localização sistemática desta pena no Código penal, criando uma seção autônoma dentro do próprio capítulo do Título III do Código penal, na linha do que propôs o CGPJ ao Anteprojeto de Ley Orgánica, aprovado em reunião em 21 de junho de 1994.

movimentos do condenado ao requerer que o labor se desenvolva em um lugar determinado, bem como a privação do tempo livre e de *lege ferenda* reconhecer a localização sistemática dessa pena dentro do Código penal criando uma seção autônoma dentro do próprio Capítulo I do Título III do Código penal espanhol e do próprio Capítulo I do Título V do Código penal brasileiro para que esta pena deixe de ser considerada um corpo estranho⁴⁰¹ dentro do sistema de penas.

III. Análises dos requisitos legais

A. O consentimento do condenado

O Código penal espanhol prevê em seu art. 49 que os trabalhos em benefício da comunidade não poderão ser impostos sem o prévio consentimento do condenado, e determina desta maneira ao consentimento, a condição de requisito fundamental para a aplicação e a posterior execução desta pena. Por outro lado, o art. 46 do Código penal brasileiro não estabelece formalmente este requisito para aplicação da pena, pois entendeu o legislador que a pena de prestação de serviços à comunidade, possui alguns elementos fundamentais que são inerentes a própria aplicação e execução da sanção, como por exemplo: a gratuidade da prestação, a aceitação por parte do condenado em prestar os serviços e a autêntica utilidade social das atividades. Em geral, a doutrina científica nos dois países se mostra partidária em contar com o consentimento do condenado para a imposição dessa pena, ao considerar que o consentimento é o caminho mais adequado para evitar a colisão com a proibição constitucional dos trabalhos forçados.⁴⁰² Contudo, não faltaram opiniões

⁴⁰¹ POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos en el Código penal*, p. 82, ressalta que a pesar de sua inclusão no capítulo de penas privativas de direitos, esta pena não deixa de ser um corpo estranho dentro delas, já que não se sabe o Direito que realmente fica afetado pela imposição da pena.

⁴⁰² Vid., os exemplos mais expoentes na doutrina espanhola, ASÚA BATARRITA, em: *Estudios de Deusto*, p. 324; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *La Ley 1194 (1985)*, p. 1075; VALMAÑA OCHAÍTA, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, p. 178; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, p. 62; MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 177; MAZA MARTÍN, CDJ, (1996), p. 158; POZA CISNEROS, em: POZA CISNEROS (Coord.) *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, p. 261; AYO FERNÁNDEZ, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, p. 155; CID MOLINÉ, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, *Penas alternativas a la prisión*,

(principalmente no contexto espanhol) que puseram em dúvida a verdadeira intenção do legislador constitucional sobre a aplicação do trabalho como substituto das penas privativas de liberdade como avanço definitivo na situação do apenado, quando estabelecia a mencionada proibição no âmbito do texto constitucional.⁴⁰³ Em definitivo, isso nos levaria a pensar se efetivamente o consentimento do apenado pode ser considerado um requisito imposto pela própria Constituição ou se se trata de uma manifestação prudente do legislador penal na regulação desta pena justamente para fugir das vozes críticas que poderiam fazer alguma *analogia* com os supostos trabalhos forçados. Com esse objetivo, se pretende analisar o conteúdo sobre a necessidade da prestação do consentimento em relação direta com a proibição de trabalhos forçados no âmbito das constituições de Espanha e Brasil e de alguns documentos internacionais, bem como analisar o alcance do consentimento do apenado no âmbito de aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade que pode se configurar por um sistema em que a prestação do consentimento possa ser dupla.

p. 106; CHOCLÁN MONTALVO, AP 8, (1997), p. 163; PARES I GALES, CPC 64 (1998), p. 160; JAREÑO LEAL, em: *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Casabó Ruiz*, Vol. II, p. 80; ARANGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 10; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 213; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, em: COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, Tomo III, p. 637; SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, p. 346; POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos*, p. 83; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Las penas en el nuevo Código penal*, p. 50; BOLDOVA PASAMAR, em: GRACIA MARTÍN (ed.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 154 TÉLLEZ AGUILERA, *La Ley Penal 01 (2004)*, p. 34; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 286 e ss. Na doutrina brasileira destacam-se: GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 140; JESUS, *Penas alternativas*, pp. 146 e ss; DEL CAMPO, *Penas restritivas de direitos*, pp. 63 e ss; BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, pp. 137 e ss; REALE JÚNIOR, *Instituições de Direito Penal*, p. 54 e 55; CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*, p. 01; SZNICK, *Penas alternativas*, p. 01; MIRABETE, *Manual de Direito Penal. Parte Geral*, p.270; DELMANTO, *Código Penal comentado*, p. 573; FERREIRA, *Aplicação da pena*, p. 184; SANTOS, *Direito Penal*, p. 538; CAPEZ, *Curso de Direito Penal*, V. 1, pp. 365 e 366; GONÇALVES, *Penas alternativas*², p. 26; MARTINS, *Penas alternativas*, pp. 95 e ss; NEVES, *Penas restritivas de direitos*, pp. 170 e ss.

⁴⁰³ LEÓN VILLALBA, em: ARROYO/MONTAÑÉS (Coords.), *Estudios de Criminología*, p. 198, manifesta que quando o legislador constituinte inclui a proibição constitucional de trabalhos forçados não está se referindo precisamente na pena de trabalhos em benefício da comunidade, baseados em uma conjugação dos princípios de reinserção e reparação. No mesmo sentido, BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 221; CHOCLÁN MONTALVO, AP 8 (1997), p. 163; PEÑARANDA RAMOS, EPB (2002), p. 1210.

1. A necessidade de prestar o consentimento

O Código penal espanhol em seu art. 49 estabelece taxativamente que a pena de trabalhos em benefício da comunidade não pode ser aplicada sem o consentimento do condenado. Também, o art. 53 do mesmo diploma legal, que regula a possibilidade de cumprimento da responsabilidade penal subsidiária por inadimplemento da multa mediante trabalhos em benefício da comunidade, reitera essa necessidade, que também aparece prevista no art. 2º, RD 515/2005. Em contrapartida, a não introdução desse requisito no texto do art. 46 do Código penal brasileiro, não indica a possibilidade de que o condenado deva cumprir a sanção de forma imposta pelo juiz sem seu consentimento.⁴⁰⁴ O legislador entendeu que não era necessária a inserção desse elemento pelo simples fato de os trabalhos forçados já estarem excluídos do sistema jurídico brasileiro, conforme a disposição constitucional prevista no art. 5º, XLVII da Constituição Federal.⁴⁰⁵

Da mesma forma, a necessidade de prestação do consentimento para a imposição da pena de trabalhos em benefício da comunidade em Espanha foi explicada por um setor majoritário da doutrina pelo devido respeito à contraposição constitucional dos trabalhos forçados, prevista no art. 25.2⁴⁰⁶ da Constituição espanhola, que seria vulnerada se a pena fosse aplicada coativamente ao condenado.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ Art. 46. “A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a (6) meses de privação da liberdade”.

⁴⁰⁵ GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 140. Art. 5º, XLVII CF, “Não haverá penas: c) de trabalhos forçados”.

⁴⁰⁶ Art. 25.2 CE *in limine*: “As penas e medidas de segurança estarão orientadas em direção a reeducação e reinserção social e não poderão consistir em trabalhos forçados.”

⁴⁰⁷ DE SOLA DUEÑAS, RDPC, 06 (1996), p. 1215; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, p. 62; SÁNCHEZ GARCÍA, *La Ley 4010 (1996)*, p. 1503; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Las penas en el nuevo Código Penal*, p. 50; AYO FERNÁNDEZ, *Las penas y medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, pp. 154 e 155; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 359; CHOCLÁN MONTALVO, AP 8 (1997), p. 163; GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, pp. 52 e 53; POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, p. 83; SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, p. 346; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 213; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 286 e ss.

A imposição de uma pena de trabalhos em benefício da comunidade sem o consentimento do condenado além de vulnerar os mandamentos constitucionais previstos em ambos os países, também vulneraria diversas *disposições internacionais* em matéria de Direitos Humanos e condições de trabalho que proíbem expressamente os trabalhos forçados. Caberia mencionar nesse sentido o *Convênio 29* da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre a supressão do Trabalho forçado ou obrigatório, adotado em Genebra no dia 28 de junho de 1930 e ratificado pela Espanha em abril de 1932 e pelo Brasil em abril de 1957, complementado pelo *Convênio 105* da Organização Internacional do trabalho, sobre a abolição do trabalho forçado. Nesse sentido, poderia entender-se vulnerada também a proibição de trabalhos forçados ou obrigatórios estabelecida no *Convênio Europeu* para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais⁴⁰⁸, de 4 de novembro de 1950, firmada em Roma (art. 4.2)⁴⁰⁹, assim como o *Pacto Internacional* sobre direitos civis e políticos⁴¹⁰, adotado pela Organização das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 (art. 8.3)⁴¹¹.

No entanto, estas convenções de natureza internacional contêm exclusões do conceito de trabalhos forçados, nas quais seria possível compreender a pena de trabalhos em benefício da comunidade. Dessa forma, o *Convênio 29* da OIT prevê em seu art. 2.1 como trabalho forçado ou obrigatório “*o exigido a um individuo sob a ameaça de uma pena qualquer e para o qual dito individuo não se oferece voluntariamente*”, porém exclui dessa definição “*qualquer trabalho o serviço que exija a um individuo em virtude de uma conduta pronunciada por sentença judicial, a condição de que este trabalho ou serviço se realize sob a vigilância ou controle*

⁴⁰⁸ Pode consultar-se em: www.echr.coe.int/Convention/webConvenESP.pdf

⁴⁰⁹ Artigo 4.2. “*Ninguém será constrangido a realizar um trabalho forçado ou obrigatório.*”

⁴¹⁰ Vid. www.unhchr.ch/spanish

⁴¹¹ Art. 8.3. a) “*Ninguém será constrangido a executar um trabalho forçado ou obrigatório.*”

das autoridades públicas e que dito individuo não seja cedido ou posto a disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de carácter privado” (art. 2.2.c).

Conforme essa exclusão parece que nada impediria a imposição de uma pena de trabalhos em benefício da comunidade aplicada sem o consentimento do condenado sempre e quando sua atividade se desenvolvesse no âmbito de entidades públicas.⁴¹² Por outro lado, os artigos 4º do *Convênio Europeu* para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e 8º do *Pacto Internacional* para a Proteção dos Direitos civis e Políticos apenas recorrem em sua lista de exclusões, os trabalhos de carácter penitenciário, forçados ou não.⁴¹³

Ainda que o texto possa excluí-los, *não parece* que a vontade das referidas normas internacionais seja eliminar a aplicação de institutos como as contemporâneas penas de trabalhos em benefício da comunidade, sanção esta que se consagrou em diversos ordenamentos jurídicos. Desse modo, o legislador internacional não se refere às contemporâneas penas de trabalhos em benefício da comunidade quando proíbe os trabalhos forçados, ainda que a normativa prevista em alguns textos impedisse sua aplicação sem o consentimento do condenado.

⁴¹² Esse parece ter sido o entendimento do legislador brasileiro ao momento de dispor do art. 46 do Código penal uma vez que disponibilizara o trabalho do condenado em entidades públicas ou assistências dessa mesma natureza, considerando inoportuna a inserção do elemento consentimento no texto do dispositivo legal. Esse também é o entendimento de grande parte da doutrina brasileira, vid., GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 140; JESUS, *Penas alternativas*, p. 156 e ss; DEL CAMPO, *Penas restritivas de direitos*, pp. 63 e ss; BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p. 137; CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*, pp. 104 e ss; MIRABETE, *Manual de Direito Penal. Parte Geral*, p.270; DELMANTO, *Código Penal comentado*, p. 573; FERREIRA, *Aplicação da pena*, p. 184; SANTOS, *Direito Penal*, p. 538; CAPEZ, *Curso de Direito Penal*, V. 1, pp. 365 e 366; GONÇALVES, *Penas alternativas*, p. 26; MARTINS, *Penas alternativas*, pp. 95 e ss; NEVES, *Penas restritivas de direitos*, pp. 170 e ss e também da jurisprudência, Vid. AC. TJ/SP 02456978, de 19 de junho de 2009, Rel. Des. Fábio Bossler; AC. 2009 – 32394, de 15 de janeiro de 2009, Rel. Des. Jaime Piterman. A doutrina espanhola, representada por BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, pp. 219 e 220, preocupa-se argüindo que essa exclusão pode receber uma leitura distinta de acordo com a qual a exclusão das pessoas jurídicas de direito privado poderia trazer problemas no momento de aceitar trabalhos de utilidade social impostos sem o consentimento do condenado. Excluindo a pessoas jurídicas de direito privado, nada obstará que os trabalhos pudessem prestar-se no âmbito de pessoas jurídicas de direito público exclusivamente, salvando-se dessa forma a objeção.

⁴¹³ BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 219.

Em conformidade com o que ocorre nos textos internacionais, quando o legislador constitucional inclui a proibição dos trabalhos forçados não está pensando na figura dos trabalhos em benefício da comunidade, baseados numa combinação entre os princípios de reinserção e reparação, que utiliza a produtividade do indivíduo para reparar o dano causado à sociedade. Cabe ressaltar ademais, que os artigos 25.2 da Constituição espanhola e 5º XLVII da Constituição brasileira se referem à proibição dos trabalhos forçados como pena privativa de liberdade e que a pena de trabalhos em benefício da comunidade não é uma pena dessa natureza, e sim uma pena privativa de direitos, resultando, portanto, inaplicável à literalidade dos dispositivos constitucionais dos dois países.⁴¹⁴

Ainda que por todas essas razões o artigo 25.2 da Constituição espanhola e artigo 5º XLVII da Constituição brasileira fossem compatíveis com uma pena de trabalho de utilidade social para cuja aplicação não se requeira o consentimento do condenado, este consentimento seguiria sendo necessário desde um ponto de vista *constitucional*, pois a imposição da pena de trabalhos em benefício da comunidade sem o mesmo constituiria uma hipótese de tratamento desumano ou degradante, que os artigos 15 da Constituição espanhola e 5º XLVII da Constituição brasileira repugnam. Isso nem pelo fato de sua imposição em si mesma, senão porque de não consentir ao trabalho social imposto, a execução forçada da pena comportaria a manifestação da força e um tratamento com o condenado constitutivo dos tratos desumanos proibidos pelas constituições e desproporcional tanto em relação à pena imposta como em relação à conduta praticada pelo agente.

Por outro lado, a necessidade de prestar o consentimento permite sustentar a *constitucionalidade* da pena de trabalhos em benefício da comunidade, funcionando como uma garantia de que essa pena seja benéfica e não maléfica ao indivíduo, sendo

⁴¹⁴ Interessante a abordagem de TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, p. 127, no sentido de que o legislador constitucional pensou exclusivamente nos trabalhos forçados no contexto da privação da liberdade guiado pela experiência histórica, sem que se pudesse imaginar novas modalidades punitivas que exigiriam um trabalho comunitário forçado, pelo que não seria absurdo fazer extensível aquela proibição a qualquer classe de pena, seja qual for o caráter da mesma.

considerada, portanto, uma efetiva alternativa à privação da liberdade, ou seja, algo que só possa melhorar e nunca piorar a situação do condenado.⁴¹⁵

Por outra perspectiva, mas não como pressuposto de aplicação da pena, para que os trabalhos em benefício da comunidade possam lograr seus propósitos de ressocialização, é imprescindível a cooperação do mesmo, sem a qual esta consequência jurídica ao delito estaria condenada ao fracasso. Dessa forma, não restam dúvidas de que o requisito do consentimento do condenado na prestação das atividades pretende envolver o mesmo na execução da pena procurando garantir sua cooperação. Caso contrário, seu cumprimento resultaria impossível.

Ademais, apesar de que “a doutrina majoritária considere que a necessidade de que o condenado aceite voluntariamente sua imposição elimina o caráter forçado desses trabalhos”,⁴¹⁶ se pôs em manifesto que esse consentimento não é absolutamente livre, pois vem condicionado pela *imediate ameaça* de uma pena privativa de liberdade indubitavelmente mais gravosa.⁴¹⁷

Por outro lado, assinala TORRES ROSELL que os trabalhos em benefício da comunidade *não* se impõem sob a ameaça de uma pena e sim porque é uma pena, e que em especial nos casos em que concebe como substitutos, se impõem na substituição de outra pena que deveria resultar mais aflictiva para o réu. Enquanto que o trabalho forçado leva aparelhada a privação da liberdade do indivíduo a quem se impõe e a submissão deste à vontade de quem controla a execução, os trabalhos em benefício da comunidade que se provêm nos sistemas punitivos modernos, responde, de modo geral, a real filosofia de atuar como alternativa à privação da liberdade e entram em jogo em lugar daquela. Através dessa pena, portanto, se pretende reduzir a

⁴¹⁵ BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, pp. 221 e 222.

⁴¹⁶ ARANGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 10.

⁴¹⁷ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, AP 8 (1997), p. 163. É justamente o que ocorre no contexto brasileiro em que a pena de prestação de serviços à comunidade pode ser convertida naturalmente em pena de prisão quando o condenado não aceitar a realização das atividades no âmbito da sociedade. Vid. MARCÃO, *Curso de execução penal*, p. 279 e art. 181, § 1º, da Lei de Execução Penal brasileira.

intensidade punitiva da prisão incrementando os trabalhos comunitários como substitutos dessa.⁴¹⁸

Pode-se concluir então, que o fundamento da exigência do consentimento do condenado à imposição de uma pena de trabalhos em benefício da comunidade possui *índole* constitucional (artigos 15 da Constituição espanhola e 5º XLVII da Constituição brasileira), e mais amplamente, viria exigida pelo atual pensamento direcionado ao respeito dos direitos fundamentais da pessoa, além de significar uma garantia de que a aplicação dessa pena não prejudique a situação do indivíduo. Paralelamente, o consentimento do condenado incentiva sua cooperação na consecução do propósito ressocializador, mas não como requisito à imposição da pena, e sim como garantia de sua eficácia.⁴¹⁹

2. Alcance do consentimento

Ainda tratando-se de um tema diretamente relacionado aos aspectos executórios da pena, pode resultar importante fazer referência neste capítulo ao momento e a forma de prestar o consentimento e também a importância que se pode outorgar ao consentimento, principalmente, levando-se em consideração quando o condenado, na fase de execução, *não consente* com a pena de trabalhos em benefício da comunidade imposta na sentença pelo juiz. Trata-se, portanto, de delimitar o verdadeiro alcance do consentimento, de que informações podem dispor o condenado no momento de externar o consentimento e quais são as consequências de sua revogação. É fundamental, contudo, mencionar que ambos os ordenamentos apresentam circunstâncias distintas em relação à norma penal que prevê a hipótese do consentimento do condenado para que se aplique a pena objeto de análise.

⁴¹⁸ TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 291.

⁴¹⁹ BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 212; SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, p. 346.

Em *primeiro lugar*, analisar-se-á o contexto espanhol, uma vez que nesse ordenamento o Código penal em seu artigo 49 dispõe taxativamente sobre a necessidade do consentimento do condenado na fase de aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade e posteriormente na fase de execução, a regulação desse consentimento regulado pela *legislação complementar* que também outorga a necessidade do consentimento do condenado sobre as tarefas que lhe serão impostas, passando, portanto, o consentimento a ser duplo. Em contrapartida, na legislação brasileira, não se verifica expressamente no corpo do Código penal a necessidade do consentimento do condenado para aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade e por tratar-se de uma sanção restritiva de direitos, sempre substitutiva da prisão, levar-se-á em consideração o consentimento quase que obrigatório sobre a execução da pena de prestação de serviços à comunidade uma vez que a não aceitabilidade da mesma acarreta sempre o cumprimento da pena principal, a prisão conforme os artigos 44, § 4º, e 181, § 1º, da Lei de execução penal.

Assim, pretende-se abordar primeiramente o contexto do alcance do consentimento na legislação espanhola para depois abordar e comparar o sistema brasileiro com esse.

O código penal espanhol de 1995 em seu artigo 49 estabelece o requisito de contar com o consentimento do condenado para a imposição da pena de trabalhos em benefício da comunidade, se bem que não prevê a possibilidade do próprio réu solicitar a aplicação da pena, a diferença do que sucede em outros países.⁴²⁰ A exigência do texto penal apenas requer que conste o consentimento do condenado para que o juiz possa acordar a *aplicação* da pena de trabalhos em benefício da comunidade, seja em sede de substituição da pena privativa de liberdade

⁴²⁰ Como por exemplo, na Itália, quando os trabalhos de utilidade social são impostos pelo juiz de paz o próprio condenado pode solicitar a sua execução. Alguns consideram que esse sistema garante um maior compromisso por parte do mesmo no cumprimento da prestação. Vid. TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 300. Nesse sentido, para VALMAÑA OCHAÍTA, *Sustitutivos penales y proyectos de reformas en el Derecho penal español*, p. 181, esta fórmula permite eludir qualquer reproche de inconstitucionalidade já que um trabalho-sanção que solicita o próprio réu não pode ser considerado forçado.

correspondente ou optando por esta sanção quando o tipo preveja outra como sanção alternativa. A forma de prestação do consentimento foi regulada primeiramente no Decreto 690/1996, de 26 de abril e posteriormente, com a aprovação da LO 15/2003, de 25 de novembro, também no RD 515, de 6 de maio, pelo que se estabelecem circunstâncias de execução das penas de trabalhos em benefício da comunidade e de localização permanente, de determinadas medidas de segurança, bem como da suspensão da execução das penas privativas de liberdade.⁴²¹

A redação do regramento de 1996, que não estabelecia a intervenção dos serviços sociais até que o réu houvesse consentido diante do juiz à imposição dessa sanção, desmembrou um sistema de *duplo* consentimento, na qual o réu manifestava inicialmente seu consentimento perante o juiz e num segundo momento perante os serviços sociais. Esse sistema consistente na prática do duplo consentimento, segundo parte da doutrina espanhola,⁴²² gerava alguns problemas práticos, pois o condenado pode negar-se a executar os trabalhos que sucessivamente vá ofertando-lhe a Administração e conseqüentemente não se cumpra a pena e geralmente, a solução parecia advir da construção de um novo modelo em que bastasse a manifestação de um único momento do acordo do condenado, de modo que se pudessem evitar os problemas que poderiam derivar de uma aceitação inicial e uma rejeição posterior. O debate girava em torno da determinação do momento em que deveria poder solicitar-se o consentimento ao réu, e em concreto, a quantidade de informação da qual deveria dispor tanto o réu como a Administração para promover-se a conformidade.⁴²³

A aprovação do RD 515/2005 de 6 de maio, sobretudo o reconhecimento em seu artigo 28 sobre a possibilidade que o juiz ou o Ministério Público solicitem aos

⁴²¹ BOE de 07.05.2005.

⁴²² Vid. ARANGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 10. CHOCLÁN MONTALVO, AP 8 (1997), p. 163; GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, pp. 52 e 53; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 301.

⁴²³ TORRES ROSELL, op.cit., p. 301.

serviços sociais penitenciários informes sociais sobre a situação do imputado, permite uma nova abordagem às questões discutidas. O ponto de partida deve ser na opinião de TORRES ROSELL, que o réu consinta em algo mais do que a pena de trabalhos em abstrato, que conheça e consinta também sobre todos os aspectos da execução.⁴²⁴ As circunstâncias de execução dessa pena, ou seja, o tipo de atividade ou número de horas que se determinem, contribuem de forma mais relevante que o que se pode verificar em outras penas, desde o ponto de vista de sua essência. E por esse motivo resulta fundamental que no momento de prestar o consentimento, o réu tenha sido devidamente informado sobre o número de horas ou de jornadas que lhe corresponderia cumprir, da gratuidade da prestação e sobre as conseqüências do descumprimento da prestação, e tudo isso sem a necessidade de concretizar ao indivíduo o conteúdo exato da tarefa que se deva desenvolver. É nesse contexto que se considera importante a realização de uma entrevista por parte dos serviços sociais penitenciários a partir do momento que o juiz sentenciador planeja aplicar esta pena.⁴²⁵ E isso com o objetivo de avaliar, conforme o Real Decreto, suas aptidões pessoais e sociais para prestar uma atividade em liberdade, entre as que caberia incluir a disponibilidade do condenado em relação com suas responsabilidades laborais e familiares, e também a disponibilidade de trabalhos adequados ao réu na Administração. Assim, com o informe favorável dos serviços sociais penitenciários o juiz realizaria a proposta ao réu, para que esse analisasse a conveniência de consentir a pena ainda sem requerer-se a anuência sobre o trabalho específico que deverá ser prestado. Este sistema deveria permitir que o réu manifestasse seu consentimento uma única vez diante do juiz, a fim de que este a aceitasse como substituta da pena de prisão a de trabalhos em benefício da comunidade proposta pelos serviços sociais penitenciários ou impondo essa como pena originária. A principal *vantagem* desse sistema é que neutraliza os problemas derivados das situações em que o réu, uma vez aceitado a pena de trabalhos, recuse iniciar a execução quando os serviços sociais lhe

⁴²⁴ TORRES ROSELL, op.cit., pp. 302 e 303.

⁴²⁵ TAMARIT SUMALLA, em: QUINTEROS OLIVARES (ed.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, p. 366; CID MOLINÉ, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, *Penas alternativas a la prisión*, p. 111; MAGRO SERVET, *La Ley penal 18 (2005)*, p. 112.

comunicam o conteúdo concreto da atividade. Nesse caso, o réu deve ser comunicado sobre as circunstâncias de execução antes mesmo de manifestar-se definitivamente seu desacordo com a pena, uma vez que esta já tenha sido imposta pelo juiz, e sempre que não sobrevir uma causa justificada, seria necessário ter um procedimento para aplicar as consequências previstas para o caso de descumprimento da pena.⁴²⁶

Tratando-se do contexto brasileiro, como mencionado anteriormente, o Código penal em seu artigo 46 não prevê expressamente o requisito do consentimento do condenado por ter entendido o legislador desnecessário essa especificação, uma vez que o juiz deva levar em consideração no momento de aplicar a pena de prestação de serviços à comunidade o referido nos mais diversos documentos internacionais e principalmente na Constituição Federal em que os trabalhos forçados estão proscritos do ordenamento jurídico. Ademais, a legislação reconhece a prestação de serviços à comunidade como apenas uma pena alternativa substituta da prisão. Nesse sentido, o juiz analisando os requisitos legais⁴²⁷, pode substituir a pena privativa de liberdade padrão por prestação de serviços à comunidade já na sentença⁴²⁸, sem, contudo, consultar o réu sobre a imposição da pena. Na prática, por política criminal, entende-se no Brasil que essa substituição será *sempre* benéfica ao condenado⁴²⁹, portanto,

⁴²⁶ Nesse sentido, MAGRO SERVET, op.cit., p. 114; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 305.

⁴²⁷ Art. 44. “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.”

⁴²⁸ Vid., por exemplo, AC. TJ/RS 1033126, de 06 de julho de 2009, Rel. Des. Lais Pias; AC. TJ/RS 362542, de 01 de junho de 2005, Rel. Des. Fabianne Baisch.

⁴²⁹ GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 140; DEL CAMPO, *Penas restritivas de direitos*, pp. 63 e ss; BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, pp. 137 e ss; REALE JÚNIOR, *Instituições de Direito Penal*, p. 54 e 55; CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*, p. 104 e ss; DELMANTO, *Código Penal comentado*, p. 573; FERREIRA, *Aplicação da pena*, p. 184; CAPEZ, *Curso de Direito Penal*, V. 1, pp. 365 e 366; GONÇALVES, *Penas alternativas*, p. 26; MARTINS, *Penas alternativas*, pp. 95 e ss; NEVES, *Penas restritivas de direitos*, pp. 170 e ss.

indispensável o pressuposto do consentimento. Porém, segundo o próprio artigo 46 do Código penal, os trabalhos impostos ao condenado devem ser condizentes com as suas aptidões. Aqui, cabe comentar que nesse momento alguns problemas podem surgir.

Em *primeiro lugar*, o juiz poderia impor uma atividade que não seja condizente com a aptidão do réu devido a falta de vagas existentes nas mais variadas instituições credenciadas na justiça para receber a prestação do condenado. Isso poderia acarretar alguns problemas uma vez que o condenado possa não aceitar a atividade designada. A legislação tampouco aborda ou prevê essa circunstância. Na prática tem-se aplicado qualquer tipo de trabalho para que o condenado não fique impune, já que possui o *Direito subjetivo* de não ter que cumprir a pena privativa de liberdade original. Parte da doutrina entende inclusive que com o trabalho em prol da comunidade, a pena substitutiva não deixa de ser pena, pois atende aos reclamos ou exigências da retribuição, fazendo-o, contudo, sem degradar e sem corromper.⁴³⁰ Assim, tem-se entendido que todo o trabalho destinado à comunidade pode prosperar no sentido da ressocialização e da reparação simbólica que o condenado presta a coletividade pelo delito praticado.

No entanto, em *segundo lugar*, para que se tenha mais segurança jurídica seria melhor o legislador criar uma normativa específica (tal como ocorre na Espanha) para tratar não só da execução da pena de prestação de serviços à comunidade, bem como para resolver a questão do consentimento do condenado no caso em que não haja vagas disponíveis em conformidade com suas habilidades, a fim de evitar que o condenado piore sua situação jurídica e/ou contribua à coletividade quando realize uma atividade da qual ele seja perito.

Em definitivo, a prestação do consentimento por parte do condenado resulta ser um pressuposto de aplicação da pena de caráter constitucional, mas na prática é um

⁴³⁰ PIERANGELI, *Das penas e sua execução no novo Código Penal*³, p. 172; NEVES, *Penas restritivas de direitos*, p. 172.

requisito de eficácia da pena, sem a qual sua execução e seus objetivos preventivos especiais se veriam frustrados. Em contrapartida, se bem existe acordo teórico em que o consentimento a prestar pelo condenado deve ser comunicado, o que inclui conhecimento do trabalho a ser desempenhado, a dinâmica da execução, principalmente no contexto espanhol, obriga a fragmentar em dois esse consentimento. Dessa forma um primeiro consentimento, comunicado incompletamente, porém protegido pelas garantias, se produzirá diante do juiz, e um segundo consentimento, devidamente informado, mas desprotegido das devidas garantias, será prestada diante dos técnicos da Administração pública. A solução de *lege ferenda* nos dois países passa por adiantar a intervenção dos técnicos no caso espanhol e dos juízes da execução no caso brasileiro à resolução do juiz sentenciador sobre a imposição da pena de modo que a aceitação da prestação que se produza diante do juiz sentenciador seja plenamente eficaz em todos os aspectos. De *lege lata* as soluções propostas passam pela anteposição à resolução judicial do questionamento que se faz ao indivíduo sobre a aceitação da possível pena a ser aplicada, ou a adoção de critérios nas resoluções judiciais que evitem as consequências indesejáveis da ausência de consentimento.

B. Respeito à dignidade do condenado

Este requisito encontra-se no art. 49.2 do Código penal espanhol, em que o trabalho a ser prestado em benefício da comunidade não deva atentar à dignidade do sujeito condenado⁴³¹, significando dessa forma que o respeito à dignidade da pessoa no momento da execução dessa pena passe a ser um dos elementos centrais para a aplicação da mesma.

⁴³¹ Do mesmo modo o art. 11 RD 515/2005 estatui que o condenado gozará da proteção dispensada aos condenados pela legislação em matéria de seguridade social e estarão protegidos pela normativa laboral em matéria de prevenção de riscos laborais.

Para a maioria da doutrina essa disposição no texto penal se trata no mínimo de uma declaração *redundante*,⁴³² por algumas razões. Em *primeiro lugar*, o respeito à dignidade da pessoa já consta estabelecida explicitamente no artigo 10 da Constituição espanhola e no artigo 1º, III da Constituição brasileira⁴³³, na mesma linha dos artigos 15 da Constituição espanhola assim como o 5º, III da Carta Magna brasileira, que prevêem ainda que ninguém seja submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.⁴³⁴ Em *segundo lugar* considera-se que a própria natureza desta pena resulta incompatível com a idéia central de atentar à dignidade do condenado. Pois se trata de uma sanção em que o próprio condenado aceita a pena imposta, ademais, essa pena alternativa em termos de política criminal está vinculada a um trabalho social que tem como fundamento o tratamento terapêutico e não a dessocialização do condenado.⁴³⁵

⁴³² Nesse sentido, abordando primeiramente a doutrina espanhola: CHOCLÁN MONTALVO, AP 8 (1997), p. 163; JORGE BARREIRO, em: RODRIGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentários al Código penal*, p. 224; MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 177; ARANGUEZ SÁNCHEZ, CPC 8 (2000), p. 22; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 249; POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos en el Código penal*, p. 92; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 306. Na doutrina brasileira destaca-se: GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 140; REALE JÚNIOR, *Instituições de Direito Penal*, p. 54; NEVES, *Penas Restritivas de Direitos*, p. 172. Por outro lado, CID MOLINÉ, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.) *Penas alternativas*, p. 114, sustenta que se trata de uma disposição extremamente importante para que o condenado tenha mais proteção no momento que cumpre a pena.

⁴³³ É importante comentar que, neste ponto, o art. 46 do Código penal brasileiro não adota este requisito em sua normativa devido à permanência na Constituição logo no art. 1º, III que dispõe que um dos fundamentos da República Federativa é justamente proteger a dignidade da pessoa humana. Conseqüentemente, não se pôde perceber na doutrina penal brasileira um detalhado estudo sobre este requisito em particular e sua aplicabilidade à pena de prestação de serviços à comunidade.

⁴³⁴ Pois, segundo VON HIRSCH, em: *Crime and delinquency*, pp. 162 e ss, quando se aplica uma pena ao infrator da norma penal, não se requer apenas a privação de certos direitos, senão a emissão de um juízo de censura contra seu comportamento que foi criminoso. O castigo deve dirigir-se contra o ato, mas não contra a pessoa. Espera-se, nesse sentido, que o condenado se sinta envergonhado pelo castigo que se lhe aplica.

⁴³⁵ POZA CISNEROS, em: POZA CISNEROS (ed.) *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, p. 262; PARES I GALES, CPC 64 (1998), p. 160; VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora como estrategia de control social*, p. 311; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “Las penas privativas de derechos”, RDPJ (1999), p. 146; ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho penal. Parte general*, p. 216; BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p. 137; SANTOS, *Direito Penal*, p. 538.

Na realidade esse fato se consagra na hipótese de que o legislador espanhol quer “evitar os receios que pudessem suscitar essa pena”⁴³⁶ do mesmo modo que estabeleceu o requisito do consentimento do condenado com o objetivo de não confundir a sanção com os trabalhos forçados. Curioso, no entanto, que o legislador pretendeu destacar a necessidade do respeito à dignidade do condenado aos trabalhos em benefício da comunidade, mas não do condenado a *outras* conseqüências jurídicas do delito incluídas no amplo catalogo do Código penal. Para ARANGUEZ SÁNCHEZ, se o legislador espanhol tivesse considerado que os artigos 10 e 15 da Constituição não são eficientes para garantir essa dignidade em todo o sistema de penas, o racional seria que na regulação de todas e cada uma das conseqüências jurídicas se recorresse expressamente a este princípio, e não exclusivamente na regulação dos trabalhos em benefício da comunidade.⁴³⁷

A posta em marcha pelo legislador deste elemento como caracterizador da pena de trabalhos em benefício da comunidade, busca evitar os possíveis efeitos estigmatizantes que o condenado possa sofrer no decorrer da prestação laboral no período em que se encontra na instituição, no sentido de que em não poucas vezes a entidade receptora não esteja acostumada a exercer certo protagonismo como organismo executor de condenações, evitado de todas as formas, o risco de rechaço social que o condenado possa sofrer por outros indivíduos que ali prestam serviços. Ademais, esta disposição evita que a atividade possa ter qualquer efeito estigmatizador sobre o condenado que está cumprindo a pena, fato que implica que os responsáveis pela supervisão do trabalho saberão que este se desempenha como conseqüência de uma conduta ilícita e de uma pena.⁴³⁸ Deve-se evitar, contudo, que “submetam ao apenado durante um largo período de tempo a situações que possam

⁴³⁶ ARANGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 23.

⁴³⁷ ARANGUEZ SÁNCHEZ, op.cit., p. 23.

⁴³⁸ CID MOLINÉ, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PUJOAN (eds.) *Penas alternativas a la prisión*, p. 114.

causar no mesmo um *estresse* muito intenso ou anomalias psíquicas, e de estender ao mesmo o alcance das normas de proteção dos trabalhadores.”⁴³⁹

O aspecto em relação ao imprescindível respeito à dignidade do condenado situa-se, pois, além da proteção que pode representar frente a tendências rechaçáveis com alguma relevância em outros países, na concreta determinação dos limites que se impõem para a execução dessa pena. Trata-se de um conceito genérico, pouco específico pelo que poderia ser preferível o legislador estabelecer conforme ARANGUEZ SÁNCHEZ:

“critérios objetivos para a seleção da atividade a desenvolver pelo réu, entre os que poderia encontrar-se a adaptação à qualificação profissional do condenado, a relação com o delito cometido, a compatibilidade da jornada laboral que em seu caso tivera que cumprir o condenado que não fora desempregado, o respeito a sua confissão religiosa, etc. Fundamental seria também o reconhecimento de alguns direitos laborais essenciais, como por exemplo o descanso semanal”.⁴⁴⁰

C. A prestação

Após revisar aqueles elementos que se podem considerar, ao menos a partir de sua configuração normativa, como requisitos indispensáveis e pilares fundamentais dessa sanção: o consentimento do condenado e o respeito à sua dignidade, resulta relevante nesse momento analisar algumas das referências mais importantes atinentes ao objeto da prestação.

Em atenção aos elementos previstos nos artigos 49 do Código penal espanhol e 46 do Código penal brasileiro, pode-se considerar que são três as características essenciais da prestação que se busca impor. Em *primeiro lugar* o caráter não econômico da prestação; em *segundo lugar* a não subordinação da pena de trabalhos em benefício da comunidade ao logro de interesses econômicos e em *terceiro lugar* a utilidade pública e social da prestação.

⁴³⁹ BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 251.

⁴⁴⁰ ARANGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 23.

1. O caráter não econômico da prestação

Este requisito se apresenta como o *mais importante* da prestação que consiste a sanção de trabalhos em benefícios à comunidade. O fato de o condenado não ser retribuído por seu trabalho realizado, configura o verdadeiro sentido retributivo de pena.⁴⁴¹ A pena de trabalhos em benefício da comunidade não cria relação laboral, bem como não admite o instituto da redenção. Tampouco se trata de privilégio; a pena de trabalhos em benefício da comunidade “deve desenhar-se e impor-se partindo das necessidades de reabilitação do apenado, não da rentabilidade de seu labor para a sociedade”.⁴⁴²

Do ponto de vista normativo, este requisito vem claramente estabelecido no artigo 49 do Código penal espanhol, assim como no artigo 6.3 RD 515/2005. No Brasil, este pressuposto se encontra explicitamente no art. 46, § 1º do Código penal: “*a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.*” Não obstante, a ausência de remuneração não impede que o condenado seja indenizado pelos prejuízos causados na execução da atividade.⁴⁴³ “A idéia de estrita compensação da culpabilidade não deve levar a

⁴⁴¹ Fundamentam a gratuidade da prestação em seu caráter punitivo na Espanha, entre outros: DE SOLA DUEÑAS/GARCÍA ARÁN/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Alternativas a la prisión*, p. 63; VALMAÑA OCHAÍTA, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, p. 178; MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 177; CHOCLÁN MONTALVO, AP 8 (1997), p. 164; ARANGUEZ SÁNCHEZ, CPC 8 (2000), pp. 19 e 31; POZUELO PÉREZ, ICADE (1997), pp. 83 e 84; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 227; TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, p. 129. No contexto brasileiro: GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 140; JESUS, *Penas alternativas*, pp. 156 e ss; DEL CAMPO, *Penas restritivas de direitos*, pp. 63 e ss; BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p. 137; REALE JÚNIOR, *Instituições de Direito Penal*, p. 54 e 55; CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*, p. 105; SZNICK, *Penas alternativas*, pp. 131 e ss; MIRABETE, *Manual de Direito Penal. Parte Geral*, p. 270; Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 573; FERREIRA, *Aplicação da pena*, p. 184; SANTOS, *Direito Penal*, p. 538; CAPEZ, *Curso de Direito Penal*, V. 1, pp. 365 e 366; GONÇALVES, *Penas alternativas*, p. 26; MARTINS, *Penas alternativas*, pp. 95 e ss; NEVES, *Penas restritivas de direitos*, pp. 171.

⁴⁴² ARANGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 22.

⁴⁴³ POZUELO PÉREZ, ICADE, (1997), p. 84.

sacrifícios do condenado além de sua culpabilidade pelo fato punível.”⁴⁴⁴ Por isso, o artigo 6.3 do RD 515/2005 espanhol dispõe que: “*o apenado será indenizado pela entidade a benefício da qual seja prestado pelos gastos de transporte e, em seu caso, de manutenção, salvo que estes serviços os prestem a própria entidade.*” Assim, agiu bem o legislador espanhol pois a Administração não pode excluir sua responsabilidade patrimonial dos custos derivados da prestação dos trabalhos em benefício da comunidade de acordo com o princípio geral da responsabilidade patrimonial contido na legislação administrativa.⁴⁴⁵

No Brasil, nem os legisladores como tampouco a doutrina se manifestaram a respeito do tema. O artigo 46 do Código penal não faz nenhuma referência sobre a matéria e a doutrina tampouco construiu críticas ao ponto de promover determinados debates com o intuito de levar essas deliberações ao âmbito do poder legislativo para que a legislação pudesse ser alterada, gerando uma melhor segurança jurídica em relação à que se pode verificar atualmente. Portanto, a solução que se pode conferir a esse assunto seria utilizando a analogia, acrescentando, desse modo, ao texto do próprio artigo 46, § 3º, do Código penal que a pena fixada não pode prejudicar a jornada normal de trabalho do condenado e muito menos sua condição financeira. Seria no mínimo um pretexto razoável para concertar tamanha *lacuna legislativa*, pois o prestador não pode arcar com todos os gastos que envolvem alimentação, transporte e vestuário para cumprir a execução numa instituição que em tese pertence ao Estado, até porque, por ser o Direito penal um ramo do Direito público, cabe-lhe, portanto, a obrigação de tutelar e custodiar o indivíduo no momento em que esse cumpre a sanção penal.

No entanto, o fenômeno da não retribuição econômica pelo trabalho realizado pode representar alguns problemas para uma efetiva execução e o logro de suas finalidades. Por um lado, caso o condenado se encontre *desempregado* a realização da prestação lhe privará do tempo necessário para a busca de um novo trabalho,

⁴⁴⁴ CHOCLÁN MONTALVO, AP 8 (1997), p. 164.

⁴⁴⁵ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, op. cit., p. 164.

podendo-se ocupar uma jornada de no máximo oito horas na Espanha, o que passa a ser excessiva; e uma hora no Brasil, o que passa a ser razoável. Por outro lado, a imposição de uma pena de trabalho em benefício da comunidade de larga duração, em particular com jornada de muitas horas, como geralmente ocorre no Brasil devido à legislação prever uma hora diária de cumprimento, pode resultar incompatível com a realização de uma atividade laboral produtora. Já a obrigação de realizar até 1440 horas de trabalhos no prazo de um ano, como é possível na Espanha, supõe uma obrigação de trabalhar quatro horas diárias durante os 365 dias do ano. Esta situação resulta claramente *incompatível* com o desenvolvimento de uma tarefa especialmente nos casos em que o condenado tenha compromissos familiares ou ocupações sociais.

Esse tema da não remuneração pela prestação também tem relevância nos supostos em que a pena de trabalhos em benefício da comunidade se aplica como forma de cumprimento da responsabilidade subsidiária pelo não pagamento da multa (principalmente na Espanha), pois se verifica uma resposta adequada quando o condenado não dispõe de suficientes recursos para satisfazer a multa. Isso significa que nessas circunstâncias esta pena pode estar sendo aplicada a indivíduos com precária situação econômica. No entanto, parece haver certo conflito inevitável entre o fato que se imponha um trabalho sem remuneração ao que não tem condições econômicas para satisfazer a multa porque não trabalha. Para evitar essas incompatibilidades, parte da doutrina espanhola propôs uma espécie de pensão, que não chegaria a ser uma remuneração, para cobrir as necessidades básicas de subsistência durante o período que o condenado esteja cumprindo a pena.⁴⁴⁶

Contudo, essas sugestões devem sofrer algumas objeções, uma vez que estas hipóteses representariam um verdadeiro privilégio aos apenados com trabalhos em benefício da comunidade por encima daqueles aos que se aplicou outra pena. Em contrapartida, se torna muito questionável que suprir as carências oriundas da falta de

⁴⁴⁶ ASÚA BATARRITA, em: *Estudios de Deusto*, p. 323; ARANGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 31; CID MOLINÉ, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.) *Penas alternativas a la prisión*, pp. 114 e 115; SANZ MULAS, *Penas alternativas a la prisión*, p. 103.

assistência do Estado seja função atribuída ao sistema penal. Logo, o princípio de flexibilidade que rege a execução desta pena, que pode permitir regra geral jornadas de trabalho de razoável duração, e o próprio conteúdo da pena, a falta de remuneração, obrigam que na sua aplicação se preste atenção à compatibilidade da sanção com o desenvolvimento de um trabalho remunerado, uma atividade educativa ou a busca de um posto de trabalho.⁴⁴⁷

2. Não subordinação da pena de trabalhos em benefício da comunidade ao logro de interesses econômicos

O artigo 49.5 do Código penal espanhol estabelece como condição da execução desta pena que não se subordine ao logro de interesses econômicos. No entanto, se sabe que qualquer tipo de trabalho, inclusive estes que se pretende ser em benefício da comunidade, produz um benefício economicamente *quantificável* quando se trata de PIB e bem estar social, pelo que será fundamental buscar um verdadeiro sentido para este requisito.⁴⁴⁸

Todavia, se vinculou este pressuposto à exigência de que os trabalhos realizados tenham uma utilidade pública assim como ao caráter geral das atividades desenvolvidas, para que o condenado possa retribuir à sociedade o delito que ele causou à mesma. No entanto, considera-se que as implicações desta imputação apontem mais bem a evitar a rentabilidade gerada pelo trabalho do condenado não seja em nenhum caso o critério que justifique a utilização dessa pena.⁴⁴⁹ Isso significa que a pena de trabalhos em benefício da comunidade não possa supor uma fonte gratuita de recursos humanos para a Administração ou entidades em que se

⁴⁴⁷ Vid. BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 233.

⁴⁴⁸ SERRANO BUTRAGUEÑO, *Las penas en el nuevo Código penal*, p. 49.

⁴⁴⁹ ARANGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 22.

prestam a atividade, o que converteria o trabalho no “pagamento com que o apenado compensaria os custos sociais que gerou seu delito.”⁴⁵⁰

A eleição da prestação não pode efetuar-se sobre o logro de um enriquecimento direto para as instituições onde se prestam os serviços, nem sobre a base de geração de uma economia em termos de mão-de-obra (pela falta de necessidade de criar novas vagas de trabalho submetidas à remuneração ou inclusive pela substituição de pessoas que desempenham atividades remuneradas e ocupadas na entidade pelos apenados).⁴⁵¹ Precisamente esta eventual economia de mão-de-obra gera claras reticências em setores sociais, no sentido de que a participação gratuita dos apenados em processos de produção poderia despertar a atenção dos departamentos de contabilidade e recursos humanos das empresas.⁴⁵² Essa conjuntura poderia gerar disfunções importantes no âmbito do mercado de trabalho que acabariam por desembocar no rechaço social em direção a um modelo penal que poderia favorecer a criação de estruturas que potenciariam a economia de mão-de-obra, e isso em um momento especialmente sensível desde uma perspectiva social sobre os problemas derivados do fechamento e deslocalização de empresas, e em definitivo, os custos econômicos e sociais da desocupação laboral. Nesse contexto ficaria nitidamente afetada a finalidade preventiva geral atribuída à pena de trabalhos em benefício da comunidade.

⁴⁵⁰ ARANGUEZ SÁNCHEZ, op. cit., pp. 21 e 22.

⁴⁵¹ Mencionam esse provável risco, LÓPEZ CABRERO, PJ 40 (1995), p. 281; VALMAÑA OCHAÍTA, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, p. 179; POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos en el Código penal*, p. 97; SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, p. 348; ARANGUEZ SÁNCHEZ, op. cit., p. 22; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 230. No Brasil como na Espanha a condenação à pena de trabalhos em benefício da comunidade implica a condução do condenado a uma entidade para o cumprimento da pena. Na maior parte dos casos, a entidade para a qual há o encaminhamento é uma instituição de natureza pública. Em menor medida o encaminhamento do condenado pode ser para uma associação sem fins lucrativos, entre as quais são muito representativas as casas de cultura e de assistência social. No entanto, se verificou que 21% dos condenados à pena de prestação de serviços à comunidade na cidade de Curitiba (Brasil) prestam serviços a uma empresa privada, o que indica uma distorção nas finalidades da pena ou, ainda, da inexistência de uma rede social de entidades bem construída. Vid. TEIXEIRA/MATSUDA, RBCC 69 (2007), p. 311.

⁴⁵² Nesse sentido, SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, p. 348; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 230; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 317.

Dessa forma e buscando atender tudo que foi exposto, parece que a solução mais razoável passa por exigir que os lugares em que se devam cumprir a prestação se situem nos setores *no lucrativos* da economia, ou seja, naquelas atividades que satisfazem demandas que o mercado não atende, portanto, não geradoras de privilégio econômico.⁴⁵³ Outro ponto importante a ser tratado seria o de disciplinar o cumprimento dessa pena em entidades que não buscam alcançar o crescimento econômico e/ou que não puderam planejar uma economia de mão-de-obra na medida em que uma parcela das pessoas que trabalham ou prestam colaboração de forma voluntária, não possam receber uma contraprestação em troca. Esse planejamento tem como consequência o estabelecimento de critérios de seleção, supervisão e controle das instituições colaboradoras como trajeto mais adequado para evitar problemas não desejados na aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade, assunto que será tratado nas páginas seguintes em que se faz referência ao caráter socialmente útil da prestação.

3. A utilidade pública da prestação

A descrição do artigo 49 do Código penal espanhol sobre a utilidade pública que deve caracterizar as prestações que se impõem ao condenado e a disposição prevista no artigo 46 do Código penal brasileiro, que não menciona diretamente o caráter público da prestação, mas menciona que a mesma deve ser realizada em entidade pública, obriga a determinar qual é o verdadeiro alcance do termo *público* e, por conseguinte, que atividades podem considerar-se inseridas nesse contexto. O tema é fundamentalmente importante na medida em que o critério que se estabeleça para determinar o que são de fato atividades de utilidade pública levará a uma maior ou menor disponibilidade de atividades para o cumprimento da sanção de trabalhos em benefício da comunidade.

⁴⁵³ VALMAÑA OCHAÍTA, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, p. 179; GARCÍA ARÁN, CJ 38 (1996), p. 40; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 231.

Em *primeiro lugar*, excluem-se do âmbito da utilidade pública as prestações que não podem qualificar-se como úteis, ou seja, aquelas que se caracterizam por serem trabalhos improdutivos que reduzem o conceito de trabalho a um singelo esforço físico, sem que do resultado desse esforço se obtenha uma utilidade. Em *segundo lugar*, excluem-se também desse espectro das prestações que possam ser conteúdo da pena de trabalhos em benefício da comunidade, aquelas que se destinam à satisfação de interesses particulares e que dão uma orientação privada aos benefícios que a realização do trabalho cria. A utilidade da prestação deve repercutir positivamente num coletivo mais abrangente que aquele formado apenas pelas pessoas que integram a instituição que organiza e administra a execução das prestações. Dessa forma, o benefício criado pelo trabalho deve potencialmente repercutir sobre todos os cidadãos de uma dada comunidade.⁴⁵⁴ Conseqüentemente, tal como já foi exposto anteriormente, a gratuidade da prestação não exclui a hipótese de que os trabalhos tenham efetivamente uma utilidade da qual deve poder beneficiar-se a sociedade e não apenas a entidade na questão que envolve a economia sobre os gastos.⁴⁵⁵

Dentre aquelas prestações que se podem qualificar como socialmente úteis, BRANDARIZ GARCÍA valora as atividades que realmente possam fazer parte dessa concepção. O autor espanhol indica como critérios para a consolidação das prestações socialmente úteis: a) que se trate de trabalhos que não visem fins eminentemente lucrativos; b) que os trabalhos não entrem em competitividade com atividades profissionais e criem um mercado de trabalho substitutivo; c) que as prestações sigam orientadas ao fim do benefício coletivo ainda que as atividades se

⁴⁵⁴ Vid., entre outros no contexto espanhol, CHOCLÁN MONTALVO, AP 8 (1997), p. 165; POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos*, p. 83; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 329. No contexto brasileiro, GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 150; JESUS, *Penas alternativas*, pp. 157; FERREIRA, *Aplicação da pena*, p. 184; BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p. 138; SZNICK, *Penas alternativas*, pp. 131 e ss.

⁴⁵⁵ Como por exemplo, a Regra imposta na Recomendação (92) 16, do Comitê de Ministros do Conselho de Europa, dispondo que as tarefas que se aplicam ao condenado que cumpre a pena de trabalhos em benefícios da comunidade devem ser socialmente úteis e com sentido, de forma que melhorem as habilidades do condenado sempre que for possível. Ademais, não se devem desenvolver com o objetivo exclusivo que seja proveitoso para alguma instituição.

realizem no âmbito interno da entidade; d) que os trabalhos se desenvolvam num ambiente organizado, sem que seja admissível o trabalho realizado de forma individual; e) a prioridade das atividades que beneficiem potencialmente à coletividade e não a um círculo restrito de pessoas.⁴⁵⁶ Esse último critério encontra-se condizente com as atuais realidades previstas nos artigos 49 do Código penal, resultante das reformas dadas pelas Leyes Orgánicas espanhola 15/2003 e 15/2010 e 46 do Código penal brasileiro operado pela reforma da Lei 9.714/98.

Aparte dessa proposta orientadora sobre as prestações que podem encaixar-se perfeitamente nos pressupostos de aplicação e execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade, pode-se também ter como referência sobre o conceito de utilidade pública a própria Lei 22/1998, de 5 de julho espanhola que trata da Objeção de consciência e de prestação social substitutiva, equivalente a prestação social alternativa no Brasil⁴⁵⁷, dispõe que os setores que podem receber a prestação são: a) Serviços sociais e, em particular, os que afetem à ação comunitária ou familiar, proteção de menores ou adolescentes, minorias étnicas, prevenção da delinquência, reinserção social de alcoólatras, toxicômanos e ex-detentos e promoção de hábitos saudáveis de conduta; b) Serviços sociais pela paz e em particular, ajuda a refugiados e proteção dos direitos humanos; c) Programas de cooperação internacional; d) Conservação do meio ambiente, melhoria do meio rural e proteção da natureza, e) Educação e cultura e, em particular, promoção cultural, alfabetização, bibliotecas e associações; f) Educação no lazer; g) proteção civil; h) Serviços sanitários; i) Outras atividades, serviços ou obras de caráter análogo que sejam de interesse geral.

Outro contexto em que se pode encontrar o conceito de utilidade pública na legislação espanhola encontra-se precisamente na referência dada às entidades que

⁴⁵⁶ BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, pp. 239 e 240.

⁴⁵⁷ Vale comentar que a prestação social alternativa está prevista no inciso VIII do artigo 5º, da Constituição Federal brasileira, em que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.” Ocorre que já fazem 21 anos da promulgação da Carta Magna brasileira e o legislador ainda não criou a Lei que estabeleça critérios de aplicação sobre a prestação social alternativa no Brasil.

organizam a gestão da prestação que é objeto da pena em análise. Assim, se deve recordar que o artigo 49 do Código penal espanhol assinala que as prestações podem desenvolver-se também em *associações de interesse geral*, ou seja, em entidades que tem como objetivo a prestação de um serviço social. É justamente nesse contexto que se situam as associações de interesse geral, previstas no capítulo VI da LO 1/2002, de 22 de março, reguladora do Direito de associação. Nesse sentido, o artigo 32.1 da Lei considera associações de utilidade pública aquelas que orientam “*seus fins estatutários a promover o interesse geral e que sejam de caráter cívico, educativo, científico, desportivo, sanitário, de promoção dos valores constitucionais, de promoção dos direitos humanos, de assistência social, de cooperação para o desenvolvimento, de promoção da mulher, de promoção e proteção da família, de proteção da infância, de fomento da igualdade de oportunidades e da tolerância, de defesa do meio ambiente, de fomento da economia social ou da investigação, de promoção do voluntariado social, de defesa do consumidor e usuários, de promoção e atenção às pessoas em risco de exclusão por razões físicas, sociais, econômicas ou culturais, e quaisquer outros de similar natureza.*”

Essa orientação das atividades da associação numa perspectiva mais abrangente pode comportar a designação desta como entidade de utilidade pública, por mais que o art. 32 da Lei de associações não vincule a denominação de uma associação como de utilidade pública. Portanto, as atividades assinaladas podem ilustrar o amplo leque de opções em que pode consistir a execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade, não apenas no âmbito de entidades públicas ou nas próprias administrações.⁴⁵⁸ Por isso, se faz necessária uma análise sobre as entidades em que se podem prestar os serviços.

a) Entidades em que se devem prestar os serviços

O ordenamento jurídico brasileiro, assim como o espanhol, prefere como beneficiárias, as entidades assistenciais, escolas, hospitais, as que apóiam bibliotecas

⁴⁵⁸ Vid. TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 332.

públicas, bem como a deficientes físicos ou psíquicos, casa de idosos, trabalhos em prédios públicos, conservação de parques e jardins públicos e outros similares. Houve uma preocupação em estabelecer quais entidades poderiam participar na prestação gratuita dos serviços comunitários. Primeiramente se descartaram as *entidades privadas*⁴⁵⁹, que buscam o lucro, com a intenção de evitar a exploração da mão-de-obra gratuita e o locupletamento sem a devida contraprestação.⁴⁶⁰ Ademais, as prestações executadas no âmbito das entidades privadas podem conduzir a um processo similar às propostas de privatização das prisões, o que contribuiria com a perda da direta capacidade de controle da execução da pena e um risco de *desviação* do interesse comum a favor do interesse privado.⁴⁶¹

Por isso, os trabalhos a serem realizados pelo condenado devem ser destinados ao benefício da comunidade e, deste modo, não deverá se submeter ao logro de interesses econômicos. Contudo, não basta que o trabalho seja facilitado pela Administração como requer o artigo 49.3 do Código penal espanhol, senão que é importante e necessário que consistam em atividade que sejam de interesse geral, bem como não basta que o legislador brasileiro preveja que os trabalhos devam ser cumpridos em entidades públicas no artigo 46 do Código penal, sem estabelecer ao menos de que forma se iniciarão os serviços que deverão ser executados nessas instituições. Ao menos, na legislação espanhola, o artigo 4.1 do RD 515/2005 dispõe que a Administração penitenciária possa estabelecer os oportunos convênios com outras Administrações públicas ou entidades públicas ou privadas que desenvolvam

⁴⁵⁹ Com exceção de ONGs que desempenham atividades de utilidade pública com valor educativo e social.

⁴⁶⁰ Este parece ter sido o entendimento por parte da doutrina dos dois países. Vid., entre outros, BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 134; SZNICK, *Penas Alternativas*, p. 159; GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 140; FERREIRA, *Aplicação da pena*, p. 184; CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*, pp. 104 y ss; MIRABETE, *Manual de direito penal*, pp. 270 y ss, CAPEZ, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, p. 365; MARTINS, *Penas alternativas*, p. 95; NEVES, *Penas restritivas de direitos*, p. 171; GARCÍA ARÁN, CJ 38 (1996), p. 40; MAPPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 178. SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, p. 347; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 265.

⁴⁶¹ ARANGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 25.

atividades sociais ou de utilidade pública. Já no Brasil, *inexiste* disposição sobre a matéria. No entanto, pode-se entender possível a celebração de convênios com entidades públicas ou privadas com ou sem fins lucrativos na execução da pena, em determinadas condições, sem que a parceria resulte em exploração da mão-de-obra e enriquecimento ilícito.⁴⁶² O próprio artigo 46, § 2º, quando menciona as entidades nas quais pode haver a prestação de serviços à comunidade, refere-se não apenas a hospitais, estabelecimentos sociais, escolas, etc., mas também a outras que porventura, o juízo da execução venha a designar para o cumprimento do trabalho.⁴⁶³ Trata-se, sem dúvida, de um rol exemplificativo, que não descarta a participação de empresas privadas, ainda que de fins lucrativos, no processo de ressocialização do condenado. Nada impede segundo JESUS, que se destine um apenado a prestar serviços em programas sociais desenvolvidos por entidades privadas. Pode ser um hospital, rede de ensino ou, até mesmo, estabelecimento de grande porte. A circunstância de as entidades privadas obterem lucros em sua cadeia de produção não as impede de promover programas assistenciais para melhorar a vida de uma comunidade, do meio ambiente ou de uma favela.⁴⁶⁴

De acordo com o autor, verificam-se na análise das Regras de Tóquio e nos demais dispositivos legais que tratam sobre a matéria, que a participação da comunidade constitui fator primordial na reintegração do condenado ao convívio social, assegurando às penas alternativas maior eficiência na prevenção do delito. Por política criminal, esse deve ser o caminho a ser adotado, uma vez constatada a falência do seu sistema tradicional de repressão à delinquência. Dessa forma, far-se-á fundamental uma conjugação de esforços entre autoridades públicas e sociedade na efetiva aplicação do Direito penal. Por essa razão, não deve haver empecilhos legais para a celebração de *parcerias* entre o Estado e empresas privadas, com ou sem fins

⁴⁶² JESUS, “Pena de Prestação de Serviços à comunidade cumprida em empresa privada com fins lucrativos”, em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_b15_02.html. Acesso em: 14.09.2009.

⁴⁶³ Cfr. artigo 149 da Lei 7.210/84.

⁴⁶⁴ JESUS, “Pena de Prestação de Serviços à comunidade cumprida em empresa privada com fins lucrativos”, em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_b15_02.html. Acesso em: 14.09.2009.

lucrativos, para a execução dessa pena. Uma vez designada pela autoridade competente, a entidade receberia o apenado e encarregar-se-ia por meio de relatórios mensais entregues ao órgão de fiscalização da Vara de Execução Penal a controlar a execução da sanção. Adotar-se-ia similar procedimento utilizado pelas Centrais de aplicação de penas alternativas em suas parcerias com entidades públicas e com ONGs. Além disso, no caso da prestação de serviços à comunidade em instituições privadas com fins lucrativos, inexistiria, igualmente, qualquer vínculo trabalhista porque a atividade que o condenado deve prestar deve ter natureza exclusivamente social.⁴⁶⁵

Esse parece ser também o entendimento de TORRES ROSELL no sentido de que a participação e imbricação da comunidade na execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade resultam indispensáveis para as finalidades que se disciplinam a esta pena, e, portanto, não pode excluir-se a participação de entidades privadas, se bem sua participação requererá as cautelas e controles que se consideram fundamental para garantir a transparência das entidades implicadas.⁴⁶⁶

D. Aptidões do condenado

O juiz sentenciador ao determinar a pena de trabalhos em benefício da comunidade e a entidade onde o condenado prestará a atividade levará em conta a localidade em que este serviço poderá ter maior aceitação, e também, o grau de benefícios conforme as suas aptidões que o condenado possa trazer a entidade receptora.

Tanto o artigo 5º, do RD 515/2005⁴⁶⁷ espanhol como o artigo 46, § 3º, do Código penal brasileiro⁴⁶⁸ impõem de maneira esclarecida que as tarefas executadas pelos

⁴⁶⁵ JESUS, “Pena de Prestação de Serviços à comunidade cumprida em empresa privada com fins lucrativos”, em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_b15_02.html. Acesso em: 14.09.2009.

⁴⁶⁶ TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 333.

⁴⁶⁷ Art. 5º. “*Entrevista e seleção do trabalho. 1. Os serviços sociais penitenciários, uma vez recebidos o testemunho da resolução e os particulares necessários, entrevistarão ao condenado para conhecer suas características pessoais, capacidade laboral e entorno social, pessoal e familiar, para*

condenados serão atribuídas conforme suas aptidões. Nos presentes pressupostos, se contém o mais importante requisito referente à pena de trabalhos em benefício da comunidade no âmbito da *qualificação* (natureza do serviço prestado) fazendo olvidar um pouco os requisitos temporais (*quantum*) do cumprimento. Argüiu-se anteriormente que o elemento gratuidade se apresenta como o maior efeito punitivo (trabalha e não recebe), dentro de seu caráter retributivo. Desse modo, a individualização da pena aqui se apresenta de duas formas: a primeira na sentença, quando se converte em pena substitutiva; a segunda na execução, ao designar-se o local e a atividade a ser prestada.

No entanto, conforme as aptidões do apenado, ou seja, com o que habitualmente ele está acostumado a fazer nas suas atividades normais como mestre de obras, pintor, enfermeiro, professor, agente de trânsito, etc., é que este requisito se fortalece ao contribuir com as devidas necessidades de ditas entidades⁴⁶⁹, pois o verdadeiro sentido do fenômeno contribuição social está completamente relacionado ao fato de que a instituição destinada, que representa neste caso a sociedade, deva receber um trabalho de certa forma qualificado pelo indivíduo. Busca-se adaptar ao condenado, dentro de sua capacidade laboral, mas, também, uma vez que não haja vagas disponíveis para aquelas atividades habituais, ordenar um advogado ou um arquiteto, por exemplo, a executar serviços de limpeza, *não* diminui a relevância da sanção e tampouco seu caráter integrador.

determinar a atividade mais adequada. Nessa entrevista se ofertarão ao apenado as distintas vagas existentes, com indicação expressa de seu cometido e do horário em que deveria realizá-lo e, nos supostos aos que se refere o art. 4.2, se escutará a proposta que o apenado realiza. 2. Uma vez que o apenado tenha prestado sua conformidade com o trabalho que se lhe propõe, os referidos serviços sociais penitenciários elevarão a proposta de cumprimento da pena ao juzgado de vigilância penitenciária para a sua aprovação ou retificação. 3. A não conformidade com o trabalho concreto proposto ou a impossibilidade de levar-lo a cabo por razões pessoais, sociais ou familiares será comunicada pelos serviços sociais penitenciários ao juiz de vigilância penitenciária aos efeitos oportunos.”

⁴⁶⁸ Art. 43, § 3º. “As tarefas a que se refere o parágrafo 1º, serão atribuídas conforme a aptidão do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, de modo que não prejudique a jornada normal de trabalho.”

⁴⁶⁹ Cfr. DEL CAMPO, *Penas restritivas de direitos*, p. 65.

IV. A coordenação entre o Poder judiciário e instituições assistenciais: estrutura e condições

Pôde-se perceber pelos elementos fundamentais para aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade vistos até agora que esta pena é uma consequência jurídica que se pode considerar *distinta* das demais porque inclui certa complexidade ao requerer uma *eficaz* coordenação entre o Poder judiciário e a Administração, bem como esta última, com as entidades disponíveis em prover postos de trabalhos. Sem tal conexão, as possibilidades de sucesso desta sanção como alternativa à prisão serão completamente escassas ou quase nulas.

Para o bom funcionamento da execução da pena, necessita-se uma infraestrutura apropriada, uma oferta suficiente de vagas de trabalho, bem como o apoio de parte dos operadores do Direito e da comunidade em geral. Para isso, tanto os magistrados da Espanha como os de Brasil devem estar sempre bem informados, seja por causa desta disponibilidade, seja pelas características pessoais do réu na hora de tomar a decisão.⁴⁷⁰

Um dos principais problemas sobre a aplicação desta pena é a consolidação de um efetivo número de vagas de trabalho socialmente útil, que seja compatível com as necessidades da execução. No entanto, a conformação de uma possibilidade ampla de vagas constitui um maior esforço por parte da Administração, que na maioria dos casos se comporta com comodismo e displicência, carecendo, portanto de vontade política para tratar desses assuntos.⁴⁷¹ No entanto, algumas características podem ser

⁴⁷⁰ Este assessoramento deveria concretizar-se em um informe criminológico em que deveriam valorizar-se as circunstâncias pessoais e sociais do condenado, com a finalidade de avaliar sua adequação para a execução desta pena. A aprovação do RD 515/2005, certamente supôs um elevado passo nesta linha, ao estabelecer-se em seu art. 28 a faculdade de juízes ou tribunais, bem como do Ministério Público, de solicitar aos serviços sociais penitenciários um informe social sobre a situação do imputado. Este informe pode ser utilizado como prova pericial ou documental durante o juízo oral, ou bem aos efeitos de tomar determinadas decisões em razão da pena a ser aplicada, incluída a relativa à suspensão ou substituição daquela. Vid. TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 494.

⁴⁷¹ Cfr. BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, pp. 141 e 142.

exigidas para que se encontrem as vagas e que sejam distribuídas e compatíveis com as finalidades do Poder judiciário e também com os interesses do condenado, como as seguintes: a) que estejam associadas a entidades capazes de dispor de um *amplo horário*, que permita integrar não só a desempregados, mas também àqueles que devem compatibilizar a execução da pena com seu trabalho remunerado;⁴⁷² b) uma *estrutura de pessoal* que esteja integrada com o programa social a ser executado e que eles também conheçam a importância de seu papel na contribuição de suas experiências laborais para que se fortaleça ainda mais o elemento integrador. Nesse sentido, o primeiro caso seria a *entrevista* destes técnicos com o réu cujo objetivo seria fixar algumas circunstâncias pessoais e sociais deste indivíduo condenado. Entre elas, seu domicílio, se trabalha ou está desempregado, se tem formação ou experiência profissional, e se é adicto ao consumo de drogas ou álcool. Em *segundo lugar*, os técnicos deveriam poder acessar aos antecedentes penais do réu e valorar, levando em conta também os dados obtidos na entrevista, a possibilidade de que este cometa novos delitos durante o período de cumprimento da pena. Um *terceiro* passo poderia se estabelecer no sentido da valoração das prestações que poderia resultar adequadas ao apenado, em atenção a suas circunstâncias pessoais e também em relação à natureza do delito e dos efeitos provocados. *Finalmente*, a Administração e seus técnicos deveriam desenvolver um intenso labor de prospecção de novas entidades colaboradoras no acolhimento de condenados a trabalhos em benefício da comunidade.

Além dos convênios já firmados entre prefeituras e entidades locais, resulta indispensável contar com um leque mais amplo de entidades colaboradoras com o objetivo de poder adaptar a prestação aos efeitos causados pela infração e também as disponibilidades do condenado, e tudo isso tanto nas zonas rurais como nas urbanas. Desse modo, o corpo técnico, que se presume competente, deveria manter contatos frequentes com coletivos de voluntariado social e também com ONGs que

⁴⁷² BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 342.

desenvolvam programas de atenção social;⁴⁷³ c) uma *infraestrutura* apropriada capaz de permitir uma supervisão e uma assistência aos prestadores para que se cumpram os pressupostos de prevenção-especial.

Percebe-se também, apesar de todos esses argumentos, outras carências mais notáveis e que refletem em todos esses aspectos que se está discutindo e que não vêm se observando uma participação satisfatória para o aprimoramento da aplicação e execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade. Por exemplo, as carências infraestruturais da Administração de justiça ou o incentivo de campanhas de informação por parte da Administração pública, conscientizando a opinião pública e “especificamente, aos diferentes atores envolvidos na imposição e execução dessa pena”⁴⁷⁴, são considerados elementos chaves na dinâmica de seu funcionamento e devem obter maior importância dos órgãos que possuem a incumbência de fomentar a utilização dos trabalhos como instrumentos substitutos à prisão.

Nossos sistemas penais estão sustentados pela imposição da pena privativa de liberdade como *pena modelo*, de modo que não exista um aparato organizacional articulando o desenvolvimento executório da pena de trabalhos em benefício da comunidade e também de outras consideradas alternativas à prisão. Muito se fala que a pena de prisão é deficitária aos cofres públicos e que as penas alternativas além de surtir maiores efeitos ressocializadores, são também mais econômicas, mas isso, em muitos casos, não deixa de ser um discurso aparente, porque na prática ainda pouco se vê. A criação de um corpo organizacional, assim como a preparação técnica desse pessoal especializado também acarretará gastos à Administração pública, sendo talvez por esse motivo que os organismos do governo não invistam o suficiente na concretização da pena de trabalhos em benefício da comunidade e de outras substitutas à prisão. Se isso é verdade, e parece claro que sim, não resulta ousado dizer que as reformas penais ocorridas na Espanha no ano de 2003, e a conseqüente

⁴⁷³ BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., pp. 345 e ss; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 494 e 495.

⁴⁷⁴ BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 342.

ampliação do contexto de aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade nelas previstas, dificilmente poderiam comportar uma redução das verbas destinadas à execução penal e penitenciária. A maior importância da pena privativa de liberdade, refletida tanto na reincorporação das penas curtas desta natureza, como no aumento dos limites máximos de cumprimento, requererá um maior investimento econômico, que deverá, não obstante, satisfazer, conjuntamente, os custos da execução de penas cujo cumprimento se dá na comunidade, os custos associados à manutenção dos apenados nos estabelecimentos penitenciários e os derivados da medida projetada já existente de construção de novos centros destinados a albergar o volume de internos nas prisões. Por isso tudo, é que a valoração do sistema de sanções penais não pode efetuar-se desde um ponto de vista exclusivamente econômico posto que o fim da Administração competente para coordenar a execução de penas não é a diminuição de gastos. Assim, uma gestão eficaz dos recursos financeiros que se dispõe deve poder inserir, entre outros, o financiamento de estudos para avaliar se certas sanções cujo cumprimento se dá na comunidade e o desenvolvimento de certas intervenções no marco destas permite alcançar para determinadas pessoas, resultados similar ou mais positivo que os derivados da aplicação e execução de penas privativas de liberdade.⁴⁷⁵

Nesse sentido, justamente para se buscar dar mais ênfase à aplicação e execução da pena de trabalho em benefício da comunidade, criou-se um *projeto pioneiro* no Brasil de autoria da pretora MÜLLER, no ano de 1987, em que foi firmado um convênio com o MJ, SJ e Ajuris para implementação de um plano piloto referente a esta pena, sendo sua conclusão inicial finalizada em 1989. Nesse projeto, foram firmados vários convênios com instituições filantrópicas da comarca de Porto Alegre, sendo possível constatar a receptividade no meio jurídico o critério da aplicação de uma pena que ressocializa, reeduca e que ao mesmo tempo oferece uma retribuição punitiva à conduta delitiva do réu. Conforme esse estudo, a pena de trabalhos em

⁴⁷⁵ TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 501 e 502. Importante ressaltar também nesse sentido os apartados 24 a 29 da Recomendação R (2000) 22, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho de Europa, para a promoção da implantação das normas europeias relativas a penas e medidas comunitárias.

benefício da comunidade trouxe muitos *benefícios* aos condenados, principalmente no aspecto do comportamento, em que muitos réus permaneceram trabalhando nas instituições depois do término do cumprimento da pena. Outros foram contratados para trabalhar nas entidades registradas devido a seu reconhecimento laboral de forma positiva enquanto cumpriam sua pena. Ainda conforme o estudo da pretora, essa pena acarreta um *custo zero* aos cofres estatais e a reincidência de 0,5%. Somente em Porto Alegre foram encontrados aproximadamente três mil réus que receberam tal pena desde o início de sua implantação e que em todo o Estado do Rio Grande do Sul, seriam em torno de cinco mil prestadores.⁴⁷⁶

Esse projeto pioneiro através de seu precoce sucesso se propagou em direção a outros centros vinculados à Administração pública no Brasil. Segundo a coordenadora da área de Reintegração Social do Ministério da Justiça, que também inclui a coordenação do CNPA, Regina Paiva de Souza (em comunicação pessoal), se está iniciando um processo de sistematização de dados mais concisos sobre a pena de prestação de serviços à comunidade, havendo até o momento seis varas especializadas em execução de penas alternativas no país.⁴⁷⁷ O MJ, por sua vez, tem intensificado o fomento à criação de varas especializadas e centrais de monitoramento de penas e medidas alternativas cuja finalidade é criar condições de aplicabilidade destas penas garantindo os bons resultados já experimentados, e, só no ano de 2004 foram aprovados 15 projetos de apoio à execução das penas alternativas.

A coordenadora ainda menciona que no ano de 2002, foi instituído pelo MJ brasileiro, no âmbito da SNJ, o Programa Nacional de Apoio e Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas. Em virtude disso, foi criada a CENAPA, tendo como função a execução do mencionado programa. Outra providência importante foi a

⁴⁷⁶ MÜLLER, IBCCRIM (1997), p. 10.

⁴⁷⁷ Nas cidades de Fortaleza (1998), Recife (2001), Salvador (2001), Porto Alegre (2001), Belém (2002), Curitiba (2004). No entanto, atualmente, conforme os dados do Ministério da Justiça existem 19 Varas especializadas em todo país. Vid. <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FFD6142648AD402215F6598F2PTBRIE.htm>

criação da CNAPMA que reúne membros do Ministério Público e do Poder judiciário dos estados membros da federação, de organizações não governamentais e técnicos que estão contribuindo para a formulação de políticas de fomento à aplicação das alternativas penais.

Sendo assim, se nota que o tema no Brasil foi bastante discutido, ao menos no âmbito do Poder executivo, porém necessita *avançar* mais na efetividade de políticas que tenham a possibilidade de um aumento na aplicação de penas alternativas sempre buscando alcançar a proporcionalidade entre a pena e a conduta delituosa, de modo que realmente substitua a prisão. Nota-se também na Espanha que são inúmeras as críticas da doutrina⁴⁷⁸ em relação ao aspecto legal e também executório desta pena. Na realidade, na Espanha, esta sanção ainda é *pouco* aplicada⁴⁷⁹ devido a muitos fatores de ordem legal e que solem ser resolvidos agora com a entrada em vigor da LO 15/2003⁴⁸⁰, mas também é verdade que não há muitas políticas por parte do governo espanhol no sentido de impulsionar programas capazes de facilitar e enriquecer o âmbito aplicativo da pena de trabalhos em benefício da comunidade, com exceção da Comunidade Autônoma da *Catalunha*, que é a comunidade que mais valoriza no sentido aplicativo esta pena alternativa, possuindo, de alguma forma, um programa de execução capaz de pronunciar alguns dados mais precisos em relação às demandas, intervenções e casos finalizados.⁴⁸¹ Em contrapartida, no Brasil por mais que se tenha uma legislação débil (o que se começará analisar no capítulo seguinte) e

⁴⁷⁸ Vid., entre outros, BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 353; GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, p. 20; AYO FERNÁNDEZ, *Las penas y medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, p. 160.

⁴⁷⁹ CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, *Jueces penales y penas en España*, pp. 58 e 59; BLAY GIL, *InDret* 4 (2007), p. 05.

⁴⁸⁰ No entanto, conforme BLAY GIL, op.cit., p. 05, houve um aumento significativo no número de penas impostas depois da entrada em vigor da pena em 2004, o que se pode atribuir à entrada em vigor das modificações operadas no Código penal espanhol pelas Leis Orgânicas 11/2003, de 29 de setembro, 15/2003, de 25 de novembro e 1/2004, de 28 de dezembro.

⁴⁸¹ O que pôde ser averiguado no site da *Generalitat* da Catalunha disponível em: www.gencat.net/justicia/justicia/mesures/mesures_penals/mpa02. Acesso em 13.08.2005 e 15.09.2009. Convém ressaltar que a Comunidade Autônoma da Catalunha é a única que possui, desde o Estado central, competências em matéria penitenciária.

pouco esclarecida, a doutrina⁴⁸² em geral aceita as condições dessa pena, mas numa análise comparativa com a Espanha, se percebe que o sistema brasileiro aplica mais essa sanção. Claro que se deve considerar o fato de que esta sanção existe no Brasil há mais tempo como pena e como pena autônoma e que a quantidade de delitos praticados no Brasil é superior à quantidade de delitos praticados na Espanha por inúmeros fatores, além da necessidade que o Brasil possui de descongestionar o sistema prisional, trasladando a aplicabilidade das penas a outras conseqüências jurídicas.⁴⁸³

Contudo, dentro de um plano prático se pode concluir que são inúmeras as dificuldades conhecidas, que vão desde a falta de entidades adequadas para a execução, assim como a falta de pessoal capacitado para ser responsáveis pelo efetivo controle até a problemática do réu em aceitar a pena imposta. Porém, como ressalta ROXIN, esses problemas organizacionais devem ser superados para que um moderno ordenamento penal não renuncie à tentativa de tornar exequível esta sanção.⁴⁸⁴

V. Breves conclusões

⁴⁸² Vid., entre outros, GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 140; JESUS, *Penas alternativas*, pp. 156 e ss; DEL CAMPO, *Penas restritivas de direitos*, pp. 63 e ss; BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p. 137; REALE JÚNIOR, *Instituições de Direito Penal*, p. 54 e 55; CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*, p. 105; SZNICK, *Penas alternativas*, pp. 131 e ss; MIRABETE, *Manual de Direito Penal. Parte Geral*, p.270; FERREIRA, *Aplicação da pena*, p. 184; SANTOS, *Direito Penal*, p. 538; CAPEZ, *Curso de Direito Penal*, V. 1, pp. 365 e 366; MARTINS, *Penas alternativas*, pp. 95 e ss; NEVES, *Penas restritivas de direitos*, pp. 170 e ss.

⁴⁸³ Em uma análise comparativa entre os dois países pode-se dizer por um lado, conforme dados extraídos do DEPEN divulgados em dezembro de 2006 que o Brasil naquela época possuía 401.238 pessoas presas, alojadas em 859 estabelecimentos carcerários, em que o déficit acumulado de vagas ultrapassa os 100.000, sem comentar os números incomensuráveis de mandados de prisão que, todavia não foram cumpridos. Vid. <http://www.portal.mj.gov.br/depen/>. Acesso em 17.08.2009. Por outro lado, em Espanha a taxa de presos alcança o índice de 166 pessoas presas por cada 100.000 habitantes, conforme notícia publicada no periódico “El Correo Galego.es”, em 17.08.2009. Atualmente existem aproximadamente 77.000 presos nas prisões espanholas, mais que na Alemanha que possui o dobro de população. O motivo é a dureza da Lei penal, o Código penal de 1995, agravou em sucessivas reformas (25 no total) e convertido em um dos mais punitivos de toda a Europa. Vid. *Plataforma otro derecho penal es posible*, disponível em <http://www.otroderechopenal.com/index.php>. Acesso em: 02.08.2010.

⁴⁸⁴ ROXIN, DP (1979), p. 519.

Pode-se concluir desse capítulo que a pena de trabalhos em benefício da comunidade, nos dois ordenamentos penais, foi *incorretamente* situada entre as penas privativas de direitos, uma vez que seu principal conteúdo não se materializa nas restrições que derivam dela, senão na obrigação que se impõe de fazer algo. A não retribuição das prestações realizadas e o desenvolvimento das atividades durante o tempo de ócio do condenado supõem restrições importantes para o condenado, mas sempre relacionado ao conteúdo de fazer algo, peculiar dessa pena, que é em suma síntese, o que a diferencia das demais consequências jurídicas ao delito. Em definitivo, deveria situar-se de *lege ferenda* em uma seção independente dedicada às sanções cumpridas no âmbito da comunidade.

Outro ponto de destaque é a exigência recorrida no Código penal espanhol sobre o *consentimento* do condenado para a imposição da pena de trabalhos em benefício da comunidade, previsão esta que não consta no Código penal brasileiro, pelos simples fato de estarem proscritos desse ordenamento jurídico as penas de trabalhos forçados, não pode ser justificada como requisito formal para salvar a proibição internacional e constitucional de trabalhos forçados. No entanto, pode-se deduzir que esse elemento do consentimento à imposição desta pena tratado no ordenamento espanhol deve ser interpretado em um duplo sentido: o *primeiro* em relação ao princípio da humanidade das penas, como garantia que a pena de trabalhos em benefício da comunidade resultará menos estigmatizante que a pena substituída (em regra a prisão); o *segundo* no sentido de que a execução dessa pena exigirá uma atitude ativa e positiva do condenado. Dessa forma, o consentimento pode ser interpretado também como um compromisso de efetivação das tarefas feito pelo condenado quando se lhe propõem o cumprimento da sanção.

Por último, ainda que sejam inúmeras as dificuldades conhecidas nos dois países para se aplicarem os trabalhos em diversas entidades, esses problemas de ordem estrutural devem ser superados para que não se abandone a tentativa de tornar exeqüível essa pena com o intuito de reduzir cada vez mais a aplicação de penas privativas de

§ 3. ELEMENTOS FUNDAMENTAIS PARA A APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE TRABALHOS
EM BENEFÍCIO DA COMUNIDADE EM ESPANHA E BRASIL

liberdade no contexto do Direito penal. Dessa forma, analisar-se-á a continuação a normativa atinente ao âmbito de aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade nos contextos jurídicos penais de Espanha e Brasil.

§ 4. Âmbito de aplicação nos ordenamentos espanhol e brasileiro

I. Introdução

A pena de trabalhos em benefício da comunidade constitui uma novidade no âmbito de aplicação da pena dos ordenamentos penais de Espanha e Brasil e isso devido, não só a sua recente incorporação no catalogo punitivo, mas especialmente pela escassa modelação de que se gozou nas práticas judiciais desde a sua introdução em 1984 no sistema punitivo brasileiro e em 1995 no sistema punitivo espanhol. As modificações introduzidas na legislação penal espanhola durante o ano de 2003 também afetaram de forma considerável a aplicação pena de trabalhos em benefício da comunidade, permitindo visualizar, desde o principio, uma *maior presença* dela no contexto sancionador, a diferença de outras conseqüências jurídicas do delito.

No Código penal espanhol de 1995 a pena em análise dispunha de um âmbito de aplicação bastante *precário* ao ficar limitada sua imposição à substituição da pena de arresto de fim de semana e no âmbito da responsabilidade pessoal subsidiária nos casos da multa não paga. Os trabalhos não podiam, se comparados com a regulação até pouco tempo vigente, serem aplicados como pena principal e, de fato, conforme determinado setor doutrinário, a requisição do consentimento do condenado tinha que relegar a perpetuidade esta sanção penal no rol de pena substituta da prisão.⁴⁸⁵

A reforma oriunda da LO 15/2003 veio a dar mais ênfase ao conteúdo aplicativo da pena de trabalhos em benefício da comunidade, se bem é certo também que os termos pelos quais se modifica a Lei comprometem a efetiva ampliação da presença dessa pena à orientação que se aplique a prática judicial e a confiança da qual o juiz

⁴⁸⁵ POZA CISNEROS, em: POZA CISNEROS (coord.) *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, p. 263; CID MOLINÉ, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.), *Penas alternativas a la prisión*, 1997, p. 106. De forma contrária, ASÚA BATARRITA, em: *Estudios de Deusto*, 1984, p. 332; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 332 que haviam se manifestado no sentido de que os trabalhos em benefício da comunidade pudessem atuar como pena principal à alguns delitos.

necessita para impor a mesma. Conseqüentemente, a nova regulação pode ser taxada de mais generosa em relação ao âmbito de aplicação dos trabalhos, de modo que sua aplicação efetiva fica condicionada à confiança que para o Poder judiciário reveja esta pena como uma resposta adequada para o caso concreto.⁴⁸⁶ Atualmente o âmbito de aplicação dessa sanção se estende à substituição direta de penas de prisão de até *um ano* e excepcionalmente *dois anos*, e também como pena *principal* para determinados tipos previstos na parte especial do Código penal.

Não restam dúvidas que a ampliação do campo de atuação da pena de trabalhos em benefício da comunidade é uma das conseqüências derivadas da extinção do ordenamento penal da pena de arrestos de fim de semana, que tinha dupla função no Código penal, onde ora podia ser considerada pena principal, ora substituta da pena de prisão.⁴⁸⁷ Assim, a pena de trabalhos em benefício da comunidade passa a transitar pelos vazios deixados pela pena de arrestos de fim de semana, tanto no âmbito da substituição como também em alguns tipos penais da parte especial. No entanto, a pena que suplantou nesta reforma punitiva à de arrestos de fim de semana é a de prisão de três a seis meses que reintroduziu no ordenamento penal as penas privativas de curta duração.

Em contrapartida, no Direito brasileiro, a pena de prestação de serviços à comunidade que também sofreu alteração no seu texto originário pela Lei 9.714/98,⁴⁸⁸ é considerada pena autônoma e substitui a pena privativa de liberdade por certas restrições ou obrigações. Dessa forma, a prestação de serviços à comunidade tem caráter *substitutivo*, ou seja, não está prevista abstratamente no tipo penal e, assim, não pode ser aplicada diretamente por ocasião da sentença. Por isso, de acordo com o artigo 54 do Código penal, o juiz deve aplicar primeiramente a pena

⁴⁸⁶ TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 340.

⁴⁸⁷ Vid. ROIG TORRES, RdPP, 11 (2004), p. 236, em que a autora menciona como o legislador espanhol se posicionou sobre a pena de arresto de fim de semana pela solução menos custosa, no sentido de suprimi-la, já que não existiam na Espanha centros adequados e recursos materiais necessários para o cumprimento da pena, sendo portanto, mais fácil retirá-la do ordenamento punitivo.

⁴⁸⁸ Vid., comentários no § 1, B. 3.

de prisão e, presentes os requisitos legais, substituí-la por prestação de serviços à comunidade.

Nos termos do artigo 55 do Código penal brasileiro, essa pena deve ter a mesma *duração* da pena privativa de liberdade aplicada. Em função dessa disposição, sendo alguém condenado, por exemplo, a dez meses de detenção, o juiz poderá substituir a pena por dez meses de prestação de serviços à comunidade. Percebe-se também, que por serem substitutivas, não podem ser aplicadas cumulativamente, pela prática de um só ilícito, com a pena privativa de liberdade.

Nas páginas seguintes se constatará este retorno do sistema penal espanhol às penas privativas de liberdade de curta duração e, sobretudo o rol da pena de trabalhos em benefício da comunidade dentro do sistema de sanções do Código penal espanhol, em concreto, sua aplicabilidade no âmbito da substituição das penas, na responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa, bem como a nova previsão dos trabalhos como pena autônoma e independente. Da mesma forma, se buscará analisar o âmbito de aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade no Brasil como pena autônoma substituta da prisão prevista não só no Código penal, mas em outras esferas de aplicação tais como na Lei de Crimes Ambientais e na Lei de Defesa dos Consumidores.

II. Os trabalhos em benefício da comunidade como pena principal no ordenamento penal espanhol

Como mencionado anteriormente, uma das novidades do sistema de penas depois da reforma penal pela LO 15/2003, de 25 de novembro, foi a previsão dessa pena como sanção *principal*. A previsão legislativa da pena de trabalhos em benefício da comunidade na parte especial do Código penal para a punição de determinadas condutas ilícitas origina um trajeto adequado para potencializar as penas não privativas de liberdade como conseqüências jurídicas de referência para

determinados delitos.⁴⁸⁹ Com essa nova roupagem, a pena comparte com outras sanções (como a multa e a localização permanente) a dupla função de pena substituta e principal.

De certa forma, a introdução da pena de trabalhos em benefício da comunidade entre as penas principais se explica parcialmente a partir da extinção da pena de arrestos de fim de semana do espectro de sanções penais, que se efetuou com a reforma do Código penal em 25 de novembro de 2003. No entanto, a pena de trabalhos em benefício da comunidade não supôs o destaque automático em relação à de arrestos de fim de semana. A partir de uma breve revisão sobre a nova configuração das penas naqueles tipos que sofreram as reformas do legislador de 2003 se percebe claramente, segundo TORRES ROSELL, que a prioridade daquele não foi a de despregar e maximizar a aplicação da pena de trabalhos senão a de favorecer o *retorno* das penas privativas de liberdade de curta duração no panorama punitivo espanhol.⁴⁹⁰ Assim, a transformação ocorrida no artigo 36.1 do Código penal supõe a redução a três meses do limite mínimo das penas de prisão, revitalizando-se dessa forma, modalidades punitivas das quais a doutrina penal acreditava dar outro rumo. De fato, a revitalização das penas de prisão de três meses e a cominação abstrata com elas da maior parte de tipos penais para os que se impunham os arrestos de fim de semana explica porque a pena de trabalhos aparece em *poucas* situações na parte especial do Código penal, uma vez que a grande totalidade de tipos penais dos quais desapareceu a pena de arrestos no preceito secundário do tipo, agora estão previstos com penas curtas de prisão e a nova pena de localização permanente.⁴⁹¹ Dessa forma,

⁴⁸⁹ Nesse sentido verificar a Regra 2 da Recomendação (2000) 22 do Comitê de Ministros do Conselho de Europa onde se regulam os princípios para alcançar um uso mais amplo e efetivo das sanções comunitárias.

⁴⁹⁰ TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 342.

⁴⁹¹ A título exemplificativo se conta entre os delitos que com a reforma penal foram cominados com pena de prisão de curta duração, em lugar da de trabalhos em benefício da comunidade, em substituição dos arrestos de fim de semana: 1. O delito de aborto por imprudência (146) para que se estabelecia a pena de arresto de 12 a 24 fins de semana no CP de 1995 e que se castiga depois da reforma de 2003 com pena de prisão de 3 a 5 meses ou multa; 2. Lesões de menor gravidade (147.2) para que se estabelecia a pena de arrestos de 7 a 24 fins de semana no CP de 1995 e agora depois da reforma de 2003 com pena de prisão de 3 a 6 meses ou multa; 3. Lesões ao feto por imprudência grave (158) para que se estabelecia a pena de arrestos de 7 a 24 fins de semana no CP de 1995 e que se

o legislador de 2003 mantém a mesma timidez do legislador de 1995 em relação à introdução no sistema de penas de sanções não privativas de liberdade e de penas cujo cumprimento se dá no âmbito da comunidade. Caráter que se faz mais patente se levarmos em conta as reais possibilidades que o legislador dispunha, uma vez tomada a decisão de inserir a pena de trabalhos em benefício da comunidade na parte especial do Código, para reconverter os arrestos de fim de semana em pena de trabalhos.

A introdução da pena de trabalhos em benefício da comunidade como pena principal no sistema punitivo espanhol se produz em três distintas fases. Em *primeiro lugar*, a LO 11/2003, de 29 de setembro, de medidas concretas em matéria de segurança cidadã, violência doméstica e integração social de estrangeiros, estabeleceram a pena de trabalhos em benefício da comunidade no artigo 153 do Código penal que tipifica o maltrato no âmbito doméstico.⁴⁹² Em *segundo lugar*, a LO 15/2003 introduziu a

castiga atualmente depois da reforma de 2003 com prisão de 3 a 5 meses ou multa; 4. Assédio sexual (184.1) do qual se estabelecia a pena de arresto de 6 a 12 fins de semana ou multa, e de 12 a 24 fins de semana nos tipos agravados no CP de 1995 e a partir da reforma de 2003 se passou a castigar com prisão de 3 a 5 meses ou multa o tipo básico, e com prisão de 5 a 7 meses o tipo agravado; 5. Abandono familiar (226) em que se estabelecia a pena de arresto de 8 a 20 fins de semana no CP de 1995 e que se castiga atualmente depois da reforma de 2003 com prisão de 3 a 6 meses ou multa; 6. Inadimplemento de pensões (227) em que se estabelecia a pena de arrestos de 8 a 20 fins de semana no CP de 1995 e que se castiga a partir da reforma de 2003 com prisão de 3 meses a 1 ano ou multa; 7. Dirigir sob a influência de drogas (379) em que se estabelecia a pena de arresto de 8 a 12 fins de semana ou multa no CP de 1995 e que se castiga atualmente depois da reforma de 2003 com prisão ou multa e trabalhos em benefício da comunidade e privação do Direito de dirigir; 8. Obstrução da justiça (463) em que se estabelecia a pena de arresto de 12 a 18 fins de semana ou multa no CP de 1995 e que se comina a partir da reforma de 2003 com prisão de 3 a 6 meses ou multa; 9. Delito contra o respeito aos mortos (526) em que se estabelecia a pena de arresto de 12 a 24 fins de semana e multa no CP de 1995 e que se castiga atualmente depois da reforma de 2003 com prisão de 3 a 5 meses ou multa; 10. Desordens públicas (558) em que se estabelecia no CP de 1995 a pena de arresto de 7 a 24 fins de semana ou multa e que se castiga com a reforma de 2003 com prisão de 3 a 6 meses ou multa.

⁴⁹² Conforme o art. 153 do Código penal, modificado pela LO 11/2003, “*Aquele que por qualquer meio ou procedimento causar a outro menoscabo psíquico ou uma lesão não definida como delito nesse Código, ou golpear ou maltratar a outro sem causar-lhe lesão, ou ameaçar a outro de modo leve com armas e outros instrumentos perigosos, quando em todos estes casos o ofendido fora alguma das pessoas às que se refere o art. 173.2, será castigado com pena de prisão de três meses a um ano ou trabalhos em benefício da comunidade de 31 a 80 dias e, em todo caso, privação do direito à obter e porte de armas de um a três anos, assim como, quando o juiz ou tribunal o estime adequado ao interesse do menor ou incapaz, inhabilitação especial para o exercício da pátria potestade, tutela, curatela, guarda ou acolhimento por tempo de seis meses a três anos. Impor-se-á as penas em sua metade superior quando o delito se perpetre na presença de menores, ou utilizando armas, ou tenha lugar no domicílio comum ou em domicílio da vítima, ou se realizem quebrantando uma pena das contempladas no artigo 48 deste Código ou uma medida cautelar ou de segurança da mesma natureza*”.

pena de trabalhos em benefício da comunidade para o crime de roubo e furto de veículos conforme o artigo 224⁴⁹³ do Código penal, a condução de veículos sob os efeitos da bebida ou outras drogas conforme o artigo 379⁴⁹⁴, e *finalmente* o pressuposto específico de quebrantamento de condena do artigo 468.2 imposto para o descumprimento das proibições do artigo 57.2⁴⁹⁵ do Código penal. A LO 15/2003 introduziu também esta pena entre as faltas, o descumprimento de obrigações familiares do artigo 618.2, as ameaças, coações, injúrias e vexações leves às pessoas do artigo 173 conforme o artigo 620.2; as faltas contra a flora ameaçada e o maltrato de animais do artigo 632. Agregado a estes tipos, o projeto de reforma previa também a introdução da pena de trabalhos em benefício da comunidade em uns tipos delitivos que, no entanto, foram finalmente cominados todos eles com pena de prisão. Entre eles, o tipo do artigo 289 que trata da subtração de coisa própria a sua utilidade social ou cultural, o delito do artigo 463 referente à obstrução da justiça e o delito contra o devido respeito aos mortos todos do Código penal.

Já a última fase constitui a aprovação da LO 1/2004, de 28 de dezembro, de medidas e proteção contra a violência de gênero que introduziu novas modificações na previsão da pena de trabalhos em benefício da comunidade como pena autônoma

⁴⁹³ O artigo 224.1 do Código penal modificado pela LO 15/2003, estabelece que: *“aquele que subtrair ou utilizar sem a devida autorização um veículo a motor ou ciclomotor alheio, cujo valor exceder a 400 euros, sem intenção de apropriar-se, será castigado com a pena de trabalhos em benefício da comunidade de 31 a 90 dias ou multa de seis a 12 meses se o restituir, direta ou indiretamente, em um prazo não superior a 48 horas, sem que, em nenhum caso, a pena imposta possa ser igual ou superior à que corresponderia se se apropria definitivamente do veículo”*. A pena prevista para este delito no Código penal de 1995 era a de arresto de 12 a 24 fins de semana ou multa de 3 a 8 meses.

⁴⁹⁴ Dispõe o artigo 379 reformado que: *“Aquele que conduzir um veículo a motor ou um ciclomotor sob a influência de drogas tóxicas, estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou de bebidas alcoólicas será castigado com a pena de prisão de três a seis meses ou multa de seis a 12 meses e, em seu caso, trabalhos em benefício da comunidade de 31 a 90 dias e, em qualquer caso, privação do direito a conduzir veículos a motor e ciclomotores por tempo superior a um ano até quatro anos.”* A pena prevista antes da reforma pelo Código de 1995 era a de arresto de 8 a 12 fins de semana ou multa de 3 a 8 meses, e a privação da permissão de conduzir.

⁴⁹⁵ Em razão do artigo 468.2, que tipifica o delito de quebrantamento de condena, *“Nos demais supostos, se imporá multa de 12 a 24 meses, salvo que se quebrantarão as proibições a que se refere o apartado 2 do artigo 57 deste Código, em cujo caso se poderá impor a pena de prisão de três meses a um ano ou a de trabalhos em benefício da comunidade de 90 a 180 dias”*. Este texto foi novamente reformado pela LO 1/2004, de 28 de dezembro, sobre medidas de proteção integral contra a violência de gênero.

principal. A previsão, portanto, nessa Lei de tipos penais cominados com a pena de trabalhos em benefício da comunidade, pode ser compreendida como um sinal progressivo na expansão do âmbito de aplicação dessa pena.

A. A previsão dos trabalhos em benefício da comunidade como sanção alternativa principal

O fator elementar inserido nos delitos condenados por trabalhos em benefício da comunidade como pena principal é aquele que estabelece, como mínimo, duas penas de caráter alternativo.⁴⁹⁶ O legislador prevê nesses tipos penais duas condenações de distinta natureza com o objetivo que o magistrado possa optar no caso concreto por uma só delas.⁴⁹⁷ Não obstante, em um dos tipos delitivos os trabalhos que se impõem em benefício da comunidade não se estabelecem de modo alternativo e sim acumulativo, questão esta que pode acarretar problemas conforme a análise do artigo 379 do Código penal espanhol. Em qualquer situação, a previsão da pena de trabalhos em benefício da comunidade como alternativa a outra pena deriva da determinação, prevista no artigo 49 do Código penal, do critério do consentimento do condenado para aplicação dessa pena, com o fito, não só de eliminar a possibilidade de que se possa prestar um trabalho de natureza forçada, mas, sobretudo para alcançar o compromisso do condenado sobre seu cumprimento, condição fundamental para que a execução da pena seja efetiva. De não haver uma sanção alternativa prevista para a sua aplicação, a rejeição do condenado ao cumprimento dessa pena impossibilitaria sua execução, e, por conseguinte deixar-se-ia sem condena a suposta conduta tipificada como criminosa.⁴⁹⁸

Esse contexto de previsão alternativa entre sanções pode nos levar a pensar, num primeiro momento, sobre a base de que argumentos ou critérios o juiz deve decidir

⁴⁹⁶ LANDROVE DÍAZ, *Diario la Ley* 6093 (2004), pp. 03 e 04.

⁴⁹⁷ Vid. GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 48; MOLINA BLÁZQUEZ, *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, p. 53; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 346.

⁴⁹⁸ MAGRO SERVET, *La Ley penal* 18 (2005), p. 105.

qual das sanções determinadas no tipo penal seria aplicável ao caso concreto. Se o juiz possui plena faculdade para aplicar uma ou outra sanção, ou se deve submeter-se a certos *parâmetros* que se poderia considerar implícitos no próprio tipo, entre os quais, priorizar, por exemplo, a sanção que se estabelece em primeiro lugar na redação do dispositivo, de modo que, apenas em caso de considerar-se esta inidônea, o juiz pudera aplicar a outra opção que se prevê de forma alternativa.

Talvez uma opção interessante fosse, uma vez verificada a falta de critérios explícitos e diretos no Código penal, a de acudir a *forma analógica* ao disposto no artigo 66.1 do Código penal, modificado pela LO 11/2003, de 29 de setembro, em cujo apartado sexto assinala que, quando não concorram circunstâncias atenuantes nem agravantes no caso específico, os juízes e tribunais aplicarão a pena estabelecida pela Lei na extensão que veja adequada atendendo às circunstâncias pessoais do delinquente e à maior ou menor gravidade do fato delituoso. Estas duas circunstâncias constituem as pautas a valorar pelo magistrado na determinação da pena a ser imposta, ainda que efetivamente o preceito reconheça o arbítrio judicial na determinação da sanção. Assim, cabe ainda dizer que o citado dispositivo está fundamentado não tanto com o objetivo de contribuir na determinação da natureza da pena, e sim mais bem para estipular a duração desta, os critérios que nele se estabelecem possam contribuir a orientar a decisão do órgão judicial sobre a melhor adequação de uma ou outra das penas previstas de forma alternativa.⁴⁹⁹

Desse modo, se o contexto alternativo se planeja entre uma pena de prisão e uma de trabalhos em benefício da comunidade, o juiz deverá revelar a adequação de ambas as penas para sancionar a conduta delituosa. A opção entre aplicar a pena de prisão ou as atividades na comunidade deve vir orientada prioritariamente pela *gravidade* do delito cometido, sem prejuízo de que, uma vez valorada a adequação da execução em liberdade, o judiciário releve também as circunstâncias pessoais do réu.⁵⁰⁰ Em se tratando da pena de trabalhos em benefício da comunidade, este critério das

⁴⁹⁹ TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 347.

⁵⁰⁰ PRAT WESTERLINDH, *Alternativas a la prisión*, p. 27.

circunstâncias pessoais do réu, obriga ao magistrado a relevar a capacidade do condenado para o cumprimento de uma atividade no âmbito da comunidade e também o eventual risco que possa supor para a mesma comunidade. Por isso, se faz necessário a colaboração dos técnicos para o assessoramento ao magistrado sobre a idoneidade do condenado para a execução do trabalho, com caráter prévio a que este decida e resolva. Em todo caso, ainda que a Lei não preveja essa possibilidade, nada obsta que o magistrado solicite a emissão de um informe aos serviços sociais. Nesse sentido, se o judiciário considera pertinente a imposição dos trabalhos em lugar da prisão, apenas a falta de consentimento do apenado ao cumprimento daqueles deveria levar a impor, em sentença, a *privação da liberdade*.

Em contrapartida, no caso de previsão alternativa no tipo da pena de trabalhos em benefício da comunidade e multa, sendo ambas de cumprimento na comunidade, e, portanto, resultando menos evidentes as distinções em termos de proporcionalidade entre as sanções, a decisão do judiciário deve atender especialmente às questões relacionadas com a *vida pessoal* do apenado, para o qual também possa resultar imprescindível o suporte das equipes técnicas.⁵⁰¹

Outro questionamento que se pode arquitetar no suposto das alternativas penais, e que guarda certa relação com esta problemática antes mencionada é a determinação do procedimento adequado em caso de descumprimento da pena imposta. Ou seja, no caso de haver optado o magistrado ou tribunal pela pena de trabalhos em benefício da comunidade em lugar da multa ou a pena de prisão que o preceito determinava como pena alternativa se pergunta de que forma se deve proceder diante do descumprimento dos trabalhos impostos. O regime de descumprimento desta consequência jurídica do delito está regulado no artigo 49 do Código penal, em que está estabelecido que o juiz deduza testemunho para proceder pelo fato delitivo que quebrou a pena. Por sua vez, o artigo 468 do mesmo diploma legal, que disciplina essa infração, determina a aplicação de uma multa de 12 a 24 meses para os supostos de quebrantamento de penas não privativas de liberdade. Então, a solução a que

⁵⁰¹ TORRES ROSELL, op.cit., p. 347.

conduz a normativa penal resulta bastante insatisfatória. Assim, pode-se apontar nesse momento que a regulação do art. 49 insta a castigar a inexecução das prestações impostas, se bem que se sente falta na normativa de alguma indicação sobre a forma em que o condenado deva cumprir sua responsabilidade pela infração *originariamente* praticada.⁵⁰² Não obstante, a falta de regulação destes pressupostos deriva da novidade que o sistema de penas supõe a introdução da sanção de trabalhos em benefício da comunidade como pena principal e também de certa imprecisão em sua proposta político-criminal.

B. Os tipos cominados com trabalhos em benefício da comunidade no Código penal espanhol

A introdução da pena de trabalhos em benefício da comunidade como sanção principal a ser imposta como consequência da prática de diversos delitos penais, havia sido reclamada pela doutrina como a via mais *efetiva* para que de fato as penas não privativas de liberdade pudessem cumprir uma função alternativa à pena de prisão.⁵⁰³

A partir de uma perspectiva proporcionalista do Direito penal, as penas devem atender critérios de proporcionalidade à gravidade dos delitos, não sendo, portanto, adequado o esquema utilizado, principalmente no Brasil, de penalizar com pena privativa de liberdade praticamente todas as condutas tipificadas pelo Código penal, uma vez que essa circunstância faz aumentar drasticamente a severidade das sanções, o que resulta contrário a um sistema penal que, em princípio, pretende adotar uma roupagem ressocializadora das pessoas apenadas, ou, ao menos, sua não dessocialização. Portanto, a pena de trabalhos em benefício da comunidade parece ser *adequada* para reagir diante de ilícitos penais de baixa ou média gravidade⁵⁰⁴,

⁵⁰² TORRES ROSELL, op.cit., p. 350.

⁵⁰³ CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, *Jueces penales y penas en España*, p. 103.

⁵⁰⁴ BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 148.

especialmente devido a sua capacidade para criar um sentimento de utilidade social por parte da pessoa que foi condenada pela prática de um delito.⁵⁰⁵

Por outro lado, a exigência do consentimento para poder ser aplicada essa sanção não deve ser considerado um mecanismo neutralizador para estabelecê-la como pena principal. Sempre que junto a ela se preveja outra pena alternativa, a cumprir em caso de que o condenado rejeite os trabalhos em benefício da comunidade, ou que esta não se encontre apropriado em um determinado caso conforme o órgão judicial. A continuação se elencará os dispositivos em que os trabalhos em benefício da comunidade podem atuar como pena direta, com alguns comentários de BLAY GIL⁵⁰⁶ sobre sua duração e possibilidades de aplicação em concreto.

1. *Artigo 153 do CP.* Levando-se em consideração os aspectos de penalidade que nos resultam interessantes, o artigo 153.1 CP castiga as lesões ou maus tratos (violência de gênero) com uma pena de prisão de seis meses a um ano ou trabalhos em benefício da comunidade de 31 a 80 dias, junto com a privação do Direito ao porte de armas e nesse caso do exercício da pátria potestade. Já o artigo 153.2 CP castiga os mesmos fatos praticados contra outras vítimas integradas no âmbito familiar com pena de prisão de três meses a um ano ou trabalhos em benefício da comunidade de 31 a 80 dias, além da privação do Direito a ter e portar armas e nesse caso o exercício da pátria potestade.⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 345 e ss; OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*, p. 149.

⁵⁰⁶ BLAY GIL. *Trabajo en beneficio de la comunidad*, pp. 190 – 196.

⁵⁰⁷ É importante ressaltar que a LO 14/1999 castigava os maus tratos habituais cometidos no âmbito familiar com penas de prisão de seis meses a três anos (art. 153 CP); por outro lado o art. 617 CP castigava como autor de uma falta ao que golpeava ou maltratava a outro de obra no âmbito familiar sem causar lesão com uma pena de três a seis arrestos de fim de semana ou multa de um a dois meses. Já a LO 11/2003 eliminou o requisito de habitualidade e castigou os maus tratos no âmbito doméstico com pena de prisão de três meses a um ano ou trabalhos em benefício da comunidade de 31 a 80 dias; Por último a LO 1/2004 passou a distinguir os maus tratos no contexto da violência de gênero, castigando-os com as sanções privativas de liberdade, trabalhos em benefício da comunidade e proibição de utilização de armas.

Nessas hipóteses o legislador não parece haver buscado a correspondência entre as penas opcionais de prisão de seis meses a um ano e três meses a um ano respectivamente e trabalhos em benefício da comunidade de 31 a 180 dias se levarmos em conta os critérios de conversão que se estabelece para a substituição ou para a responsabilidade pessoal pelo não pagamento da multa. Utilizando-se esses critérios (1 dia de prisão = uma jornada de trabalhos em benefício da comunidade), a pena de prisão de três meses equivaleria a uma pena de trabalhos em benefício da comunidade de 90 dias. O limite inferior da pena de prisão imposto pelo magistrado baseia-se nos critérios de equivalência que a própria legislação penal determina, maior que o limite superior da pena de trabalhos em benefício da comunidade a ser aplicada. A diferença aumenta entre os limites superiores, pois um ano de prisão em absoluto *equivaleria* a 80 jornadas de trabalhos comunitários, se averiguados os próprios critérios estabelecidos no Código penal.⁵⁰⁸

Ante a opção que possui o magistrado entre uma pena de prisão e outra de trabalhos em benefício da comunidade, espera-se que se eleve a aplicação da segunda já que é uma alternativa viável à prisão. Nesse sentido, pode-se verificar alguns julgamentos que atendem as particulares circunstâncias do caso: ausência de antecedentes criminais e de circunstâncias que acreditem anteriores maus tratos, relativa gravidade do sucesso e proporcionalidade tais como a Seção 1ª, de Castellón Apelação julgada em 28.04.2005; Seção 9ª, de Barcelona Apelação julgada em 16.02.2005; Seção 3ª, Alicante Apelação julgada em 7.01.2005 e Seção 1ª, de Soria Apelação julgada em 14.04.2004.⁵⁰⁹

As penas de trabalhos em benefício da comunidade poderiam variar entre as 31 horas levando-se em conta uma hora de duração da jornada e às 640 horas se levadas em

⁵⁰⁸ TORRES ROSELL, op.cit., pp. 351 e 352; BLAY GIL, RDPC (2007), pp. 398 e ss; BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 191; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, em: VIVES ANTÓN *et al*, *Derecho Penal, Parte Especial*, pp. 145 e ss; SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAILLO, *Derecho Penal, Parte Especial*, pp. 124 e ss; TAMARIT SUMALLA, em: QUINTERO OLIVARES (dir.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, pp. 131 e ss; FELIP I SABORIT, em: SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, pp. 76 e ss; BRANDARIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 232 e ss.

⁵⁰⁹ BLAY GIL., op.cit, p. 191.

conta 80 jornadas de oito horas de duração; o limite superior compreende uma pena de extensa gravidade, acima do máximo de 240-300 horas. Dessa forma, resulta complicado entender que sentido pode ter a aplicação de uma sanção direta de trabalhos em benefício da comunidade nas hipóteses previstas para a violência doméstica. O sentido ressocializador da pena não se projeta nessa direção; a reeducação do apenado nesse caso deveria ser buscada mediante a imposição de programas de tratamento psicológico específicos.⁵¹⁰

A melhor justificativa sobre a imposição dos trabalhos em benefício da comunidade a estes delitos parece estar interligada ao *Informe da Subcomissão parlamentar* encarregada de formular medidas legislativas que buscavam dar uma resposta integral frente à violência de gênero. Este informe determina, entre as medidas legislativas de natureza penal, a conveniência de proceder à revisão do sistema de penas e outras medidas que faça referência à violência de gênero conforme alguns critérios, dentre eles, a eliminação do arresto domiciliar e a multa em qualquer hipótese que trata a violência de gênero, pois se entende que sua imposição pode agravar ainda mais a situação da vítima desses delitos que dependam economicamente ou convivam com o próprio sujeito. Portanto, eliminada a multa e o arresto domiciliar e suprimidos os arrestos de fim de semana, os trabalhos em benefício da comunidade, de acordo com a LO 15/2003, cobrará necessariamente maior protagonismo nesse contexto, “não tanto por méritos próprios, senão por haver desaconselhado a imposição de outras sanções”.⁵¹¹

2. *O artigo 171.4 CP* castiga as ameaças no âmbito da violência de gênero com uma pena de prisão de seis meses a um ano ou trabalhos em benefício da comunidade de 31 a 80 dias.

⁵¹⁰ BLAY GIL., op.cit, p. 191.

⁵¹¹ TORRES ROSELL, op.cit., pp. 357 e 358; BLAY GIL., op.cit, p. 191.

3. *Artigo 171.5 CP* estabelece uma pena de prisão de três meses a um ano ou trabalhos em benefício da comunidade de 31 a 80 dias para os casos de ameaças leves com armas no âmbito doméstico.

Sobre as penalidades inseridas nesses dispositivos, far-se-á importante remetermos novamente àquilo que foi comentado sobre a oportunidade de se aplicar a pena de trabalhos em benefício da comunidade nos delitos relacionados com a *violência de gênero*. Em contrapartida, chama a atenção que as ameaças e as coações no âmbito da violência familiar possam corresponder a uma pena de prisão de três meses a um ano, enquanto que para os três dispositivos a pena de trabalhos em benefício da comunidade prevista é sempre *igual*, de 31 a 80 dias. Não se entende porque uma infração possa merecer uma penalidade menor que outra, uma vez que se trata de prisão, mas a mesma penalidade quando se trata de trabalhos em benefício da comunidade. Parece que a única explicação convincente sobre esse fenômeno esbarra no sentido de que o legislador espanhol pretendeu manter a pena restritiva no marco das penas menos graves, de 31 a 180 dias, conforme previsto no artigo 33.3.k do Código penal.

Tampouco, nesse caso se produz, segundo BLAY GIL, uma correspondência com os pressupostos de substituição, pois uma prisão de três meses a um ano poderia converter-se em uma pena de trabalhos em benefício da comunidade de 90 a 180 (360) dias, e o trabalho em benefício da comunidade previsto é muito inferior. Talvez isso traduza certa ambigüidade do legislador ao não se atrever a abandonar critérios rígidos de conversão no contexto da substituição, mas parece reconhecer a suficiência punitiva de um trabalho em benefício da comunidade em menor duração.⁵¹²

5. *Artigo 244.1 CP*: Furto de uso de veículo a motor vem penalizado por multa de seis a doze meses ou trabalhos em benefício da comunidade de 31 a 90 dias. A

⁵¹² BLAY GIL., op.cit, p. 193.

normativa anterior à LO 15/2003 castigava essa infração com arresto de fim de semana de 12 a 24 fins de semana ou com multa de três a oito meses.

Aqui, a normativa vigente volta a estabelecer critérios opcionais entre duas penas que não resultam equivalentes se aplicados os critérios do art. 53 do Código penal (duas cotas de multa = 1 dia de prisão = uma jornada de trabalhos comunitários): a conversão de uma pena de multa de seis a doze meses daria lugar a uma pena de trabalho em benefício da comunidade de 90 a 180 jornadas e em contrapartida apenas podem se impuser entre 31 e 90 jornadas. Assim, pode-se concluir que o legislador assume nesse tipo uma *maior* carga aflitiva da pena de trabalho em benefício da comunidade com relação à multa. Esta falta de equivalência poderia resultar maior simpatia dos trabalhos em benefício da comunidade pelo condenado, porém, é bem provável também que a partir dessa carga aflitiva o condenado não consinta com sua aplicação ou que o juiz não a considere oportuno.⁵¹³

6. *Artigo 379 CP*: A condução sob a influência de bebidas alcoólicas se penaliza com uma pena de três a seis meses de prisão ou multa de seis a doze meses e, em seu caso, trabalhos em benefício da comunidade de 31 a 90 dias, e em todo caso privação de dirigir veículos a motor e ciclomotores.

Nesse dispositivo, a pena de trabalhos em benefício da comunidade não pode ser aplicada de forma autônoma, senão que será cumulativa a uma pena de multa. Não obstante, a redação desse artigo é bastante problemática⁵¹⁴, uma vez que determina que quem pratique a conduta aqui indicada será sancionado com “*a pena de prisão*

⁵¹³ BLAY GIL., op.cit, p. 193; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, pp. 408 e ss; SUÁREZ – MIRA RODRIGUEZ, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III*, 260 e ss; BRANDARIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 237 e 238.

⁵¹⁴ TAMARIT SUMALLA, em: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, p. 1437; TORRES ROSELL, op.cit., p. 353; BLAY GIL., op.cit, p. 194; OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*, p. 150; MUÑOZ CONDE, op.cit., p. 677; VARGAS CABRERA, em: VICENTE MARTÍNEZ (dir.), *Derecho penal y seguridad vial*, pp. 185 e ss; SUÁREZ – MIRA RODRIGUEZ, op. cit., 460 e 461; MONTANER FERNÁNDEZ, em: SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*², pp. 273 e ss; BRANDARIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 239.

de três a seis meses ou multa de seis a doze meses e, em seu caso, trabalhos em benefício da comunidade ...”. A inclusão do termo “em seu caso”, entendido no caso em que o condenado consinta em cumprir a pena, pode provocar que a aplicação da sanção de trabalhos em benefício da comunidade nesse dispositivo seja praticamente nula, já que não se previu nenhuma consequência para as hipóteses nas quais a pessoa condenada não consinta em cumprir a pena de trabalhos em benefício da comunidade.⁵¹⁵

Antes da reforma, a infração aqui tipificada se condenava com arresto de oito a doze fins de semana ou multa de três a oito meses, além da privação do Direito de dirigir veículos a motor ou ciclomotor. Teve lugar aqui também a *substituição* da suprimida pena de arresto de fim de semana por uma pena de prisão de três a seis meses, além do aumento de uma carga punitiva e da possibilidade de aplicar-se como pena alternativa à prisão, além da multa, o trabalho em benefício da comunidade. Passou-se de uma pena de oito a doze fins de semana, a uma pena de prisão de três a seis meses, e de uma pena de multa de três a oito meses a uma de seis a doze meses, em que se pode também adicionar uma pena de trabalhos em benefício da comunidade de 31 a 90 dias, produzindo dessa forma um *aumento* da penalidade. Conforme a classificação estabelecida no artigo 33 do Código penal, tanto as penas antigas como as atuais possuem a natureza de penas menos grave.

Aplicando-se os critérios de equivalência estabelecidos no artigo 88.1 do Código penal, a prisão de três a seis meses equivaleria a uma multa de seis a doze meses; se adicionado uma pena de trabalho em benefício da comunidade de 31 a 90 dias, se está de alguma forma agravando a condenação, que resultaria mais prejudicial ao condenado se comparado com a normativa anterior do artigo 88 do Código penal.

Por outro lado, a pena de trabalho em benefício da comunidade pode significar uma medida *salutar* desde um ponto de vista reabilitador para essas infrações, principalmente se o juiz ou os serviços sociais penitenciários considerarem a

⁵¹⁵ VARONA GOMES, REIC (2004), p. 10; OLARTE HURTADO, op.cit, p. 150.

possibilidade brindada pelo novo inciso do parágrafo primeiro do artigo 49 do Código penal, em que se podem impor tarefas relacionadas com a ajuda de vítimas de acidentes de trânsito. O contato do infrator com vítimas de delitos semelhantes ao praticado por ele pode acarretar num positivo efeito reeducador ao confrontá-los com os que poderiam haver sido resultados de sua ação.⁵¹⁶

7. *Artigo 618 CP*: O não cumprimento de obrigações familiares tem atribuída uma pena de multa de dez dias a dois meses ou trabalhos em benefício da comunidade de um a trinta dias.

Essa modalidade de falta não estava prevista pela normativa anterior, na que exclusivamente se castiga o descumprimento das obrigações familiares que constituíam algum tipo de delito. As penas a serem aplicadas são exatamente as penas de multa ou de trabalho em benefício da comunidade de caráter *leve* tal como vêm previstas no artigo 33.4.f e h do Código penal, respectivamente.

Dessa forma, cabe comentar que, conforme os critérios de equivalência que se desprendem do artigo 53 do Código penal que 10 dias de multa equivaler-se-iam a 5 jornadas de trabalhos em benefício da comunidade e que dois meses de multa equivaleria a 30 dias de trabalhos em benefício da comunidade. Em contrapartida, a aplicação de uma pena de trabalho em benefício da comunidade de uma ou duas jornadas de duração terá pouco sentido desde o ponto de vista reabilitador e também desde o ponto de vista *estimulador* da execução da pena. Por outra parte, a relação entre as penas aplicáveis, não incentiva a aceitação da pena de trabalhos em benefício da comunidade por parte do condenado, pois se trata de uma pena com maior grau punitivo, o que se pode entender que nessas hipóteses se acabará aplicando sobejamente a pena de multa.⁵¹⁷

⁵¹⁶ BLAY GIL., op.cit, p. 194.

⁵¹⁷ BLAY GIL., op.cit, p. 195.

8. *Artigo 620 CP*: As ameaças, injúrias ou vexações leves a pessoa incluída no artigo 173.2 do Código penal quando não constituam delito se penalizam mediante localização permanente de quatro a oito dias ou trabalhos em benefício da comunidade de cinco a dez dias.

A redação atual do dispositivo vem dada pela LO 1/2004, cuja alteração consiste em eliminar do contexto de aplicação do dispositivo as hipóteses de violência de gênero, para deixar como falta apenada com trabalhos em benefício da comunidade ou localização permanente nos casos em que a vítima é algum outro sujeito do artigo 173.2 do Código penal. Passou-se de uma pena de dois a quatro arrestos de fim de semana ou multa de dois a vinte dias a uma pena de localização permanente de quatro a oito dias, em domicílio distinto e longínquo do da vítima, ou trabalhos em benefício da comunidade de cinco a dez dias. Aqui, pode-se notar que *não* houve um aumento significativo da punibilidade, pois a carga aflitiva da localização permanente é inferior a de arresto de fim de semana, e se considera a antiga multa a uma pena de quatro a dez jornadas de trabalhos em benefício da comunidade.

9. *Artigo 626 CP*: O embaraçamento de bens imóveis se castiga com uma pena de localização permanente de dois a seis dias ou trabalhos em benefício da comunidade de três a nove dias.

A normativa anterior à LO 15/2003 previa uma pena que variava entre um e três arrestos de fim de semana para a infração tipificada nesse artigo. A regulação atual substitui a extinta sanção de arrestos de fim de semana por uma pena de localização permanente de dois a seis dias ou uma de três a nove dias de trabalhos em benefício da comunidade, o que não supõe um aumento significativo na penalidade da primeira hipótese, mas sim na *segunda* que trata dos trabalhos em benefício da comunidade. Nesse contexto, não se incentiva a aceitação da pena de trabalhos em benefício da comunidade por parte do condenado, ainda que isso dependa do modo em que se

acabe executando a pena de localização permanente e da confiança que gera nos magistrados.⁵¹⁸

10. *Artigo 632 CP*: Em sua primeira parte os danos à flora ameaçada se penaliza com uma multa de dez a trinta dias ou com trabalhos em benefício da comunidade de dez a vinte dias. Na segunda parte o maltrato a animais se penaliza com uma multa de vinte a sessenta dias ou com uma pena de trabalhos em benefício da comunidade de vinte a trinta dias.

Conforme os critérios de equivalência dez dias de multa corresponderiam a cinco dias de trabalhos em benefício da comunidade, enquanto que trinta dias de multa corresponderia a quinze jornadas de trabalhos em benefício da comunidade. Além disso, se pensarmos que houve um *aumento* na carga punitiva na aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade pode-se concluir que as sanções propostas nesse dispositivo não incentivam a aceitação dos trabalhos por parte do condenado, e conseqüentemente sua aplicação.

A infração de maltrato de animais era castigada anteriormente com uma pena de multa de dez a sessenta dias. Elevou-se, portanto, o mínimo inferior da multa, que atualmente coincide com o número de dias de trabalhos em benefício da comunidade a serem aplicados. De outra sorte, o limite superior da multa, sessenta dias, equivale, se aplicado os critérios de conversão ao limite superior dos trabalhos em benefício da comunidade a trinta dias. De todas as formas, não se compreende quais critérios levaram o legislador à hora de fixar exatamente estas quantidades de pena além dos respectivos limites estabelecidos no artigo 33 do Código penal.⁵¹⁹

Por sua parte, a infração de destruição da flora protegida é uma *novidade* introduzida pela nova LO 15/2003, uma vez que essa infração penal não existia anteriormente.

⁵¹⁸ BLAY GIL., op.cit, p. 196.

⁵¹⁹ Assim, BLAY GIL., op.cit, p. 196; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, p. 258.

Dito isso, pode-se resumir que o trabalho em benefício da comunidade se aplica como pena direta opcional nos dispositivos enumerados, com *exceção* do artigo 379 do Código penal, em que se recorre como pena que pode ou não ser aplicada, além de uma multa ou prisão e da privação do Direito de dirigir veículos a motor. No entanto, a imposição dos trabalhos em benefício da comunidade tem sentido, desde um ponto de vista preventivo especial, para alguns casos, especialmente para aqueles tipificados no artigo 379 do Código penal. Em outras hipóteses, parece que a imposição da pena de trabalhos em benefício da comunidade é uma *aposta* do legislador à vista das características da própria sanção, a única opção possível, depois de descartar outras por taxá-las inconvenientes. Por outro lado, se impõe para faltas quando por sua carga punitiva se considera que deveria reservar-se para infrações de gravidade mediana.⁵²⁰

1. Valoração da regulação

A previsão legislativa da pena de trabalhos em benefício da comunidade na parte especial do Código penal para a punição de determinados tipos penais proporciona um caminho *adequado* para potencializar as penas não privativas de liberdade como sanções de referencia para certos crimes. Com esta nova atribuição, a pena de trabalhos em benefício da comunidade divide com outras penas previstas na Lei penal espanhola (como a multa e a localização permanente) a dupla finalidade de pena principal e pena substituta.

A nova configuração dessa pena àqueles tipos penais que sofreram as reformas do legislador de 2003 passa a demonstrar que a *vontade prioritária* do legislador não foi a de maximizar a pena de trabalhos em benefício da comunidade, senão que *favoreceu* o retorno das penas de prisão de curta duração no âmbito sancionador do Direito penal espanhol. Essa utilização da pena de trabalhos em benefício da comunidade como pena principal alternativa, põe de manifesto a escassa confiança

⁵²⁰ BLAY GIL., op.cit, p. 196.

do legislador com relação a ela, contemplando-a exclusivamente nos injustos de gravidade leve e em preceitos nos qual a pena de multa não é considerada adequada, como são os tipificados em vários dispositivos que penalizam as condutas *menos graves* de violência contra as pessoas com as quais o agressor tem, ou teve, uma relação afetiva ou familiar.

No entanto, não foi prevista para reagir ante os injustos penais mais comuns como em especial, os *patrimoniais* e os *socioeconômicos*, o que restringe muito sua aplicação, posto que nesses supostos a pena de prisão possa ser considerada em alguns casos excessiva e desproporcional.

Portanto, a opção tomada pelo legislador espanhol foi a contrária do que efetivamente se pretendia, visto que na reforma do Código penal mediante a LO 15/2003, ao invés de potenciar as penas não privativas de liberdade para penalizar os injustos penais de gravidade leve (como poderia ser o caso do furto previsto no art. 234 CP), aumentou o uso da pena de prisão de curta duração, num intento de apresentar à sociedade espanhola uma *severidade punitiva* do sistema penal que resulta totalmente desproporcional e pouco coerente a partir de uma perspectiva político criminal reducionista.

Ademais, a potencialidade da pena de trabalhos em benefício da comunidade como alternativa à prisão é muito discutida, já que os injustos nos quais se previu como pena originária anteriormente estava penalizada com a pena de multa ou com arrestos de fim de semana, mas não com pena de prisão. Portanto, o que se verifica é o efeito *transferidor* entre as diferentes sanções alternativas, mas não uma verdadeira aposta nas penas não privativas de liberdade como real alternativa à prisão.⁵²¹

III. Como pena substituta em ambos os ordenamentos jurídicos

Nesse item examinar-se-á os aspectos particulares sobre a regulação da função da pena de trabalhos em benefício da comunidade como pena substituta da prisão nos

⁵²¹ OLARTE HURTADO, op.cit, p. 150.

ordenamentos jurídicos penais de Espanha e Brasil. Para isso, em *primeiro lugar* se propõe verificar a incidência aplicativa da pena de trabalhos em benefício da comunidade em outras esferas regulatórias, em concreto no caso brasileiro, que prevê essa possibilidade no Código de defesa dos consumidores e na legislação de proteção ambiental. Em *segundo lugar*, analisar-se-á a forma de descumprimento da responsabilidade pessoal pelo não pagamento da multa, bem como as circunstâncias que levam a substituição obrigatória na Espanha. *Por último*, observar-se-á os critérios de substituição adotados na Espanha depois da LO 15/2003 para logo analisar os critérios de substituição adotados no Brasil pela Lei 9.714/98, sendo que sempre que possível, se tecerá comparações entre ambos os modelos.

A. Regulação

Conforme o artigo 88.1 do Código penal espanhol, as penas de prisão de *até um ano* de duração impostas a réus não habituais poderão ser substituídas, desde que realizada por “*audiência prévia entre as partes, na mesma sentença ou posteriormente em auto motivado*” por multa ou trabalhos em benefício da comunidade; poderão se impor nesses casos uma ou mais regras de conduta previstas no artigo 83 do Código penal durante a duração da pena substituída, a não ser que se houvera aplicado como penas em sentença.

As penas de prisão *até dois anos* de duração poderão ser substituídas excepcionalmente por multa ou por multa e trabalhos em benefício da comunidade. Fixam-se critérios de conversão aplicáveis em ambos os casos que fazem equivaler um dia de prisão a um dia de trabalhos em benefício da comunidade.

O parágrafo terceiro do primeiro apartado do artigo 88 do Código penal espanhol determina que quando o indivíduo foi condenado por um delito relacionado com a violência de gênero⁵²², a pena de prisão apenas poderá ser substituída por trabalhos

⁵²² A vigente redação deste parágrafo se deu devido à LO 1/2004, de 28 de dezembro, de medidas de proteção integral contra a violência de gênero. De acordo com essas alterações introduzidas no Código penal, os delitos relacionados com a violência de gênero são as lesões do art. 148, os maus tratos do art. 153, as ameaças do art. 171 e as coações do art. 172.

em benefício da comunidade. Nesses casos, se aplicará adicionalmente a sujeição a programas específicos de reeducação e tratamento psicológico, além das regras de conduta 1ª, e 2ª, do apartado 1 do artigo 83 do Código penal (proibição de acudir a determinados lugares e proibição de aproximação ou comunicação com a vítima ou outras pessoas).

No apartado segundo do artigo 88 do Código penal espanhol, se recorre ao regime de descumprimento da pena substituta, estabelecendo-se que no caso de não cumprimento total ou parcial passará a executar-se a pena de prisão inicialmente imposta abonando-se, se for o caso, “*a parte do tempo a que equivale as cotas satisfeitas*”, segundo a regra de conversão estabelecida no apartado anterior do mesmo dispositivo penal.

Por último, o preceito dispõe sobre a proibição de substituição de penas que sejam por sua vez substitutas de outras.⁵²³ Por sua parte, o artigo 71.2 do Código penal prevê as hipóteses de substituição obrigatória quando por aplicação das regras de determinação da pena (artigos 61 e seguintes do CP), se alcance uma pena de prisão inferior a seis meses “*conforme ao disposto na seção 2ª, do Capítulo III deste Título, sem prejuízo da suspensão da execução da pena nos casos em que proceda*”, ou seja, conforme aos artigos 88 e 89 do diploma penal.

De acordo com o artigo 54 do Código penal brasileiro, as penas privativas de direitos, tal como ocorre na Espanha, são autônomas e substituem a pena de prisão por certas restrições ou obrigações. Dessa forma, a pena de prestação de serviços à comunidade tem caráter substituto, ou seja, não são previstas em *abstracto* no tipo penal (como ocorre em alguns casos na Espanha visto *supra*) e, assim, não podem ser aplicadas diretamente por ocasião da sentença. Por isso, o juiz deve aplicar a pena

⁵²³ Para TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, p. 182, esse preceito na atual regulação carece de sentido, pois exclusivamente se prevê a substituição de penas de prisão, e exclusivamente por trabalhos em benefício da comunidade ou multa; teria sentido no contexto anterior a edição da LO 15/2003 em que a extinta pena de arrestos de fim de semana poderia ser substituída e substituta, agindo o legislador com descuido nesse caso.

privativa de liberdade e, presentes os requisitos legais, substituí-la pela prestação de serviços à comunidade.

Nos termos do artigo 55 do Código penal brasileiro, a pena de prestação de serviços à comunidade deve ter a mesma duração da pena de prisão aplicada. Em função disso, sendo alguém condenado, por exemplo, a dez meses de detenção, o juiz poderá substituir a pena por dez meses de prestação de serviços à comunidade.

Observa-se também que, por serem penas substitutivas, não podem ser aplicadas cumulativamente, pela prática de um só delito, com a pena privativa de liberdade.

Os *requisitos* previstos no artigo 44 do Código penal para a aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade são os seguintes: nos crimes dolosos que a pena aplicada pelo juiz não seja superior a quatro anos; que o crime tenha sido praticado sem o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa; que o réu não seja reincidente em crime doloso e que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente para a prevenção e repressão do crime.

Já nos *crimes culposos*, o juiz pode, segundo o artigo 44, III, do Código penal, substituir sempre a pena de prisão por prestação de serviços à comunidade quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias do crime indiquem que a medida é suficiente para a prevenção e repressão do crime; não havendo limite quanto ao montante máximo da pena, podendo ser aplicado o benefício, ainda que ela exceda a quatro anos; cabendo a substituição, ainda que haja emprego de violência, uma vez que esta não é empregada de forma intencional nesses crimes.

À semelhança do que ocorre no ordenamento penal espanhol, a pena de prestação de serviços à comunidade descumprida no Brasil, conforme o § 4º, do artigo 44 do Código penal, “*converte-se em pena privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de*

liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 dias de detenção ou reclusão”.

A seguir, passará a examinar-se com mais contundência a normativa que tange a substituição da pena de trabalhos em benefício da comunidade nos ordenamentos penais de Espanha e Brasil, fazendo-se, sempre que possível comparação entre os institutos e requisitos que se apresentam para a consolidação da substituição da pena.

B. Outras esferas de aplicação no contexto jurídico brasileiro: Código de defesa do consumidor (Lei 8.078/90) e Lei dos crimes ambientais (Lei 9.605/98)

A pena de prestação de serviços à comunidade também está prevista na legislação brasileira no Código de proteção ao consumidor (Lei 8.078/90) e na Lei dos crimes ambientais (Lei 9.605/98)⁵²⁴. Os delitos previstos no Código do consumidor permitem a aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade em substituição da prisão que não exceder a *quatro anos*, desde que não tenha ocorrido violência ou grave ameaça contra a pessoa, e esteja em conformidade com os requisitos exigidos no artigo 44 do Código penal.

A Lei do consumidor, em seu artigo 78, menciona que: “*a pena de prestação de serviços à comunidade poderá ser aplicada cumulativamente ou alternativamente à pena de privação de liberdade, observado o disposto nos artigos 44 a 47, do Código penal*”. Apesar da redação do dispositivo descrever o termo “*cumulativo*”, não se deve aplicar a pena de prestação de serviços à comunidade com a privativa de liberdade, da qual é alternativa, mas sim, com outras penas como a multa, ou outra privativa de direitos (artigo 44, § 2º, CP); se utilizará alternativamente (se imposta a

⁵²⁴ Além dos âmbitos administrativos e civil de proteção do consumidor, assume relevante papel nas diretrizes traçadas pelo Código brasileiro de defesa do consumidor sua tutela na esfera penal até como forma de assegurar-se a efetividade das demais normas inseridas no referido diploma jurídico. O próprio artigo 61 estabelece que os delitos previstos a partir do artigo 62, em absoluto excluem outros crimes contra as relações de consumo: quer os previstos no corpo normativo penal consistente no Código penal quer os da legislação especial ou extravagante, constantes de outros diplomas legais (crimes contra a economia popular, nas incorporações imobiliárias, etc). FILOMENO, *Código brasileiro de defesa do consumidor*, p. 477.

prisão) se o réu não for reincidente, a pena principal não ultrapassar os quatro anos e a culpabilidade e os antecedentes não prejudicarem o réu no momento da substituição.

Com relação à pena de prestação de serviços à comunidade prevista no artigo 3º, da Lei 9.605/98, ressalta-se a possibilidade das *peças jurídicas* serem responsabilizadas nas esferas administrativa, civil e penal, nos casos em que a infração tenha sido cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, ou no interesse e ou benefício da entidade, sem, contudo, excluir a responsabilidade penal das pessoas físicas, autores, co-autores ou partícipes do mesmo ato, estabelecendo, então, duas espécies de prestação de serviços à comunidade, uma com qualidade de privativa de direitos e outra autônoma independente.⁵²⁵

Dessa forma, observada a normativa especial, pode-se dizer que em relação à pessoa jurídica, a *Lei ambiental* de 1998 em seu artigo 21, III, atribuiu *autonomia* e *independência* à prestação de serviços à comunidade, excluindo-a do âmbito das alternativas. Por outro lado, a mesma normativa, no artigo 8º, I, em relação à pessoa física, mantém a qualidade de restritiva de direitos à prestação de serviços à comunidade, não fazendo qualquer referência a entidade pública.

A Lei 9.605/98 não estabeleceu a hipótese de ser a sanção de prestação de serviços à comunidade executada em menor tempo que a pena substituída. Contrário senso prevê o parágrafo único do artigo 7º, que as penas restritivas de direitos terão a mesma duração da pena substituída. Assim, não prevê uma medida a possibilitar a remissão de horas ou dias de serviço prestado por tempo cumprido da pena. Tampouco disciplinou a circunstância que envolve a conversão. Nesse sentido, pode-se compreender que o juiz deverá utilizar o Código penal como instrumento

⁵²⁵ CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*, p. 108 e 109; MARTINS, *Penas alternativas*, pp. 119 e ss; NEVES, *Penas restritivas de direitos*, pp. 175 e 176; APOLINÁRIO, em: FERREIRA MICHELON/SILVEIRA TAVARES (eds.), *Memória e Patrimônio: ensaios sobre a diversidade cultural*, p. 283.

subsidiário da Lei, tendo em vista o fato de não prejudicar o réu no âmbito do processo penal.

Por outro lado, esta Lei, em seu artigo 9º, em se tratando de execução, dando tratamento específico à pena de prestação de serviços à comunidade, desconsiderou as aptidões do condenado por crimes ambientais, informando que as atividades sejam desenvolvidas junto a parques e jardins públicos e unidades de conservação, restauração da coisa pública, particular ou tombada.⁵²⁶ Sobre as pessoas jurídicas, na hipótese de condenação resultante de delito ambiental, o artigo 23 nos incisos I a IV, estabelece que consistirá: a) no custeio de programas ambientais; b) execução de obras de recuperação nas áreas degradadas; c) manutenção de espaços públicos e d) contribuições a entidades ambientais e culturais públicas.

Dessa forma, a prestação de serviços à comunidade, como sanção aplicável às pessoas jurídicas não tem caráter de pena substitutiva, pois goza de autonomia e não se encontra vinculada ao tempo da pena privativa de liberdade imputada aos dirigentes, dissipando totalmente com a prestação do fato útil estabelecido em sentença.

Sendo dessa forma, contrário à previsão do Código penal, nos delitos ambientais, verifica-se que a determinação da área é fixada objetivamente pela própria legislação especial (Lei 9.605/98), em razão da natureza do crime, sendo irrelevante a aptidão do condenado. Também o elenco dos beneficiários é mais limitado, restrito a parques e jardins públicos e/ou unidades de conservação, além daquele ofendido (caso da reparação da coisa) não escolhido este no Código penal como beneficiário da pena de prestação de serviços à comunidade ou entidade pública.

A pena de prestação de serviços à comunidade aplicável aos delitos ambientais passa a ter uma *importância pedagógica*, pois se revela a mais adequada também nos crimes ambientais, tendo por objetivo oportunizar ao condenado que tome

⁵²⁶ CRUZ, op.cit, pp. 104 e ss; APOLINÁRIO, op.cit., pp. 283 e ss.

conhecimento da importância na manutenção de um meio ambiente sadio, deixando, conseqüentemente, de praticar contra ele novas condutas lesivas.⁵²⁷ O condenado, portanto, poderá zelar pela praça do município, cuidando para que os freqüentadores respeitem as flores do local. Poderá também prestar serviços em parques, zoológicos, aquários, e todas as outras unidades de conservação. Se não houver qualquer local disponível, nada impede que seja obrigado a zelar pela limpeza de um rio ou uma lagoa. O que se busca evitar é que o condenado receba atribuições sem qualquer ligação com a preservação ambiental, porque daí o efeito será nulo.⁵²⁸

Isso porque a sanção de prestação de serviços à comunidade que deve ser destinada aos delinquentes de crimes ambientais sofre, muitas vezes, uma modificação indigesta em seu âmbito de aplicação (ao qual não está prevista na legislação brasileira), em que o infrator da legislação ambiental, acaba não executando aquilo que está previsto como consequência jurídica para essas espécies de delitos, acabando exercendo o papel de doador de recursos financeiros ou de outros materiais inerentes ao funcionamento da Administração Pública como máquinas, impressoras, computadores, etc., causando uma transgressão ao conteúdo da norma referente a tais delitos.⁵²⁹ Essa problemática, afeta os limites constitucionais ou infraconstitucionais, transbordando em um desacato ao procedimento que deve ser aplicado, de forma inadequada, exacerbando o conteúdo, na ausência total da ética que sempre deve iluminar a aplicação da Lei.⁵³⁰

⁵²⁷ FREITAS/FREITAS, *Crimes contra a natureza*, p. 294; NEVES, op.cit. pp. 174 e 175.

⁵²⁸ FREITAS/FREITAS, op. cit. Pp. 294 e 295.

⁵²⁹ CRUZ, op.cit., p. 104 e ss.

⁵³⁰ Vid. RASLAN, RBCC 50 (2004), p. 297, comentando sobre a falta de cumprimento da legislação ambiental, sobretudo quando se converte a execução da pena de prestação de serviços à comunidade em outro tipo de prestação.

C. Como forma de cumprimento da responsabilidade pessoal pelo não pagamento da multa em Espanha

A responsabilidade pessoal pelo não pagamento da multa se cumpre mediante uma pena privativa de liberdade de um dia por cada duas cotas de multa não satisfeitas; a nova regulação prevista na LO 15/2003 introduziu a possibilidade de que esta responsabilidade se cumpra nas hipóteses de faltas, mediante a nova pena de localização permanente (artigo 53.1 CP, primeiro parágrafo). Também é possível que, com o prévio consentimento do condenado, o juiz ou tribunal resolva que a responsabilidade pessoal pelo não pagamento da multa se cumpra mediante trabalhos em benefício da comunidade, computando cada dia de privação de liberdade como uma jornada de trabalho (artigo 53.1 CP, segundo parágrafo).

Ademais, conforme a previsão do artigo 53.2 do Código penal, nas hipóteses de multa proporcional, em que a responsabilidade será fixada pelos juízes ou tribunais “*segundo o prudente arbítrio*” até um limite máximo de um ano de duração, esta também poderá cumprir-se mediante trabalhos em benefício da comunidade.

Analisado esses primeiros aspectos da regulação da pena de trabalhos em benefício da comunidade como pena substituta da pena de responsabilidade pessoal pelo não pagamento da multa, convém argüir que uma das questões que mais propiciam debates é a determinação da prioridade que deve se dar aos trabalhos em benefício da comunidade sobre as demais formas de cumprimento da responsabilidade pessoal pelo não pagamento da multa, ante a omissão do Código penal sobre os critérios dos quais o juiz deve basear-se para proferir sua sentença.⁵³¹

⁵³¹ Sob essa discussão se verifica a questão da relação existente entre o artigo 53 e o artigo 88 do Código penal espanhol, ou seja, entre a pena de responsabilidade pessoal pelo não pagamento da multa e suas formas de cumprimento e substituição. Vid. MAPELLI CAFFARENA, RDPC 5 (2000), pp. 67 e 68.

Na esteira de BRANDARIZ GARCÍA⁵³², três posicionamentos distintos podem surgir desse debate. Em *primeiro lugar*, existe um setor doutrinário que entende que por analogia devem ser aplicados às hipóteses do artigo 53 do Código penal e os critérios estabelecidos para a substituição no artigo 88.1 do mesmo diploma penal. Dessa forma, deveria atender-se às “*circunstâncias pessoais do réu, a natureza do fato, sua conduta e, em particular o esforço por reparar o dano causado*” para definitivamente decidir quando uma pena de responsabilidade pessoal pelo não pagamento da multa deve cumprir-se mediante alguma forma de privação de liberdade ou mediante trabalhos em benefício da comunidade.⁵³³

Um segundo grupo doutrinário entende que o texto do artigo 53 do Código penal outorga uma *preferência* à aplicação da pena privativa de liberdade como forma natural de cumprimento da responsabilidade pessoal pelo não pagamento da multa e que apenas de modo subsidiário, pode-se cumprir mediante pena de trabalhos em benefício da comunidade. Além do texto do artigo 53 do Código penal, segundo o qual a responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa também poderá cumprir-se mediante trabalhos em benefício da comunidade, do que se desprende que sua forma natural de cumprimento é mediante a prisão, os partidários dessa opinião mencionam que o legislador não prevê um módulo de conversão direto da multa aos trabalhos em benefício da comunidade, estabelecendo exclusivamente equivalências entre a multa e a prisão, e entre a prisão e os trabalhos em benefício da comunidade.⁵³⁴ Em contrapartida, aplicar a responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa a duas ou mais formas de cumprimento, e não exclusivamente à prisão, significa algo distante da tradição jurídica espanhola.⁵³⁵ Além disso, mencionou-se que o artigo 35 do Código penal atribui a qualidade da responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa como pena

⁵³² BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, pp. 68 e 69.

⁵³³ MAPELLI CAFFARENA, *op.cit.*, p. 86.

⁵³⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 17.

⁵³⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *op.cit.*, p. 17.

privativa de liberdade e, por isso, os trabalhos em benefício da comunidade não deveriam servir como forma de cumprimento da mesma.

Por último, se defende a hipótese dos trabalhos em benefício da comunidade serem aplicados *preferencialmente* como forma de cumprimento da pena de responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa, em detrimento da pena de prisão.⁵³⁶ Inúmeros posicionamentos sustentam essa opção. Em *primeiro lugar*, aqueles relacionados com a prevenção especial, segundo os que a pena de trabalhos em benefício da comunidade, indiscutivelmente, é uma pena menos dessocializadora que a prisão e que frente à privação de liberdade continuada, o trabalho em benefício da comunidade ou uma espécie não continuada de privação de liberdade são as modalidades de responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa que permitirão ao indivíduo procurar os meios necessários para satisfazer a multa devida ou outras responsabilidades.⁵³⁷ Em *segundo lugar*, a aplicação dos trabalhos em benefício da comunidade evita a execução de penas curtas privativas de prisão sempre degradantes. Em *terceiro lugar*, também se estaria satisfazendo as exigências preventivo-gerais, uma vez que a pena de trabalhos em benefício da comunidade é uma pena que possui uma maior carga punitiva que a multa, guardando também, maior proporcionalidade com a multa que a privação de liberdade, além de evitar o risco de discriminação por más condições financeiras que o sujeito possa vir a passar.⁵³⁸

O texto do artigo 53 do Código penal foi atribuído à prudência do legislador em introduzir a pena de trabalhos em benefício da comunidade no Código penal; ademais, o módulo de conversão de multa a privação de liberdade, e de privação de

⁵³⁶ Nesse sentido, CID MOLINÉ, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.) *Penas alternativas a la prisión*, p. 117; BRANDARIZ GARCÍA, *La sanción de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 209 e ss; BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad*, pp. 184 e ss; OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*, p. 136.

⁵³⁷ BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 170; BLAY GIL, op.cit., p. 185.

⁵³⁸ SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, p. 349; BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 170, BLAY GIL, op.cit., p. 185.

liberdade a trabalhos em benefício da comunidade, devedor da concepção tradicional conforme o qual a responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa equivale a privação de liberdade, não é argumento suficiente para restringir a prioridade dos trabalhos em benefício da comunidade como forma principal de cumprimento da pena de responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa. Assim, seria coerente concluir que os trabalhos em benefício da comunidade deve ser a forma *prioritária* de cumprimento da pena de responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa.⁵³⁹

Seria oportuno, no entanto, que essa possibilidade viesse expressamente disposta na regulação, mas não se aproveitou a reforma de alguns aspectos da regulação atinente a multa para revisar o sistema de aplicação da responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa, que exclusivamente modificou-se como consequência da supressão do arresto de fim de semana e sua substituição pela localização permanente para as hipóteses da responsabilidade pessoal subsidiária em caso de faltas.⁵⁴⁰ A reforma, portanto, que garantiria alguma prioridade da pena de trabalhos em benefício da comunidade como forma de cumprimento da responsabilidade pessoal pelo não pagamento da multa, e a subsidiariedade da privação de liberdade seria a obrigação do juiz de *descartar* motivadamente a imposição de uma pena de trabalhos comunitários antes de decidir que a responsabilidade pessoal subsidiária se cumpra mediante pena de prisão.⁵⁴¹

De todas as formas, pelo que representa às privações de liberdade pela responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa inferiores aos três meses, a interpretação conjunta dos artigos 53 com relação aos artigos 36.1 e 71.2 do Código penal, leva a crer que nessas circunstâncias é necessário oferecer ao condenado a possibilidade de cumprimento mediante trabalhos em benefício da

⁵³⁹ BRANDARIZ GARCÍA, op.cit. pp. 170 e 171.

⁵⁴⁰ LANDROVE DÍAZ, La Ley 6093 (2004), p. 04; VARONA GÓMEZ, REIC (2004), p. 06; BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 186.

⁵⁴¹ CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, *Jueces penales y penas en España*, pp. 119 e 120.

comunidade e exclusivamente quando o consentimento do condenado não se configura, se excetuará a regra geral e poderá aplicar-se a prisão inferior a três meses.⁵⁴²

De outra sorte, cabe questionar se nas hipóteses de multa por faltas a responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa poderá ser cumprida de forma alternativa à prisão exclusivamente por localização permanente ou também por pena de trabalhos em benefício da comunidade. Ainda que não exista qualquer referência expressa sobre essa possibilidade no artigo 53.1 do Código penal, será admissível também a aplicação de trabalhos em benefício da comunidade, tendo em vista a própria omissão normativa e porque conforme o âmbito de aplicação previsto pelo próprio legislador à pena de trabalhos em benefício da comunidade, que se estende às faltas, não teria lógica e sentido excluí-lo nesse caso.

O artigo 53 do Código penal também estabelece que duas cotas de multa equivalham a um dia de privação de liberdade; logo faz corresponder a cada dia de privação de liberdade um dia de trabalhos em benefício da comunidade. A extensão máxima da multa será de dois anos conforme o artigo 50.3 do Código penal, pelo que aplicando os critérios do artigo 50.4 e as equivalências de conversão do artigo 53.1 do mesmo diploma legal, seria possível obter uma pena de trabalhos em benefício da comunidade de 360 dias. Dessa forma, uma pena de trabalhos comunitários com essa duração resultaria desproporcional com relação a infração cometida, chocando além do mais com o limite máximo de 180 dias estabelecido no artigo 33 do Código penal, bem como a extensão máxima da pena de um ano, que se pode interpretar como prazo máximo em que o condenado deve cumprir, pois uma jornada de 360 dias será impossível de cumprir em um ano, uma vez que deve-se respeitar os devidos descansos, feriados e as obrigações laborais e responsabilidades familiares dos condenados. Esse problema poderia ser simples de resolver se fossem eliminados os critérios de conversão rígidos e optando por permitir, dentro de umas margens legalmente estabelecidas, a fixação de penas proporcionais com a infração praticada

⁵⁴² BLAY GIL, op.cit., p. 186.

e o *desvalor* pela falta de pagamento da multa, cujo cumprimento seja não dessocializador e factível na prática.⁵⁴³

O artigo 53 do Código penal, principalmente em seu parágrafo segundo, também não prevê critérios de conversão para a responsabilidade substitutiva por multa proporcional, que se realizará segundo “o *prudente arbítrio*” do juiz, determinando o dispositivo unicamente o limite superior a um ano para esta responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa. No entanto, o arbítrio do juiz nesse contexto deve ver-se direcionado sempre pelo crivo da proporcionalidade, reiteradamente exigido pela jurisprudência do Tribunal Supremo.⁵⁴⁴

Diante da inércia do artigo 53.2 do Código penal, estes dilemas se reproduzem em volta de como se poderá obter a quantia exata de trabalhos em benefício da comunidade a ser executada em caso de responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa por multa proporcional; além do prudente arbítrio do juiz ou tribunal para fixar a responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa que se proceda, limitada em todo caso a um ano de duração, e da possibilidade que se cumpra mediante trabalhos comunitários, o dispositivo omite qualquer possibilidade de equivalência entre privação de liberdade e trabalhos em benefício da comunidade. Em virtude disso, parte da doutrina entende que a responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa é matéria *discrecionária* do juiz ou tribunal em forma de privação de liberdade, e que na hipótese de cumprir-se mediante trabalhos em benefício da comunidade se aplicará, por analogia, o critério de conversão determinado no apartado primeiro do mesmo artigo sobre a multa por quotas: um dia de privação de liberdade subsidiária equivalerá a uma jornada de trabalhos comunitários.⁵⁴⁵

⁵⁴³ Vid. TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 384 e ss; OLARTE HURTADO, *op.cit.*, p. 143 e 144.

⁵⁴⁴ Vid. STS 1761/2001, de 19 de dezembro e STS 19/1998, de 16 de fevereiro.

⁵⁴⁵ Vid., entre outros, VALLDECABRES ORTIZ, em: VIVES ANTÓN (ed.) *Comentários ao Código Penal de 1995*, p. 348; MAPELLI CAFFARENA, RDPC 5 (2000), p. 74; BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 187.

Esta matemática, contudo, poderia acarretar certas *discriminações* em relação à capacidade financeira do condenado, pois o artigo 52.2 do Código penal dispõe que a situação econômica do culpado será o critério principal a ser seguido por juízes e tribunais no momento de determinar a quantidade de multa a ser aplicada, dentro dos limites legais. No entanto, a conversão em privação da liberdade desta multa baseando-se por sua quantia geraria uma perversão do critério de proporcionalidade com a gravidade do fato praticado, beneficiando os infratores com *melhores condições econômicas*.⁵⁴⁶

A partir dessa perspectiva, se vem propondo a determinação da pena de responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa *diretamente* em trabalhos em benefício da comunidade, sem alcançar a privação da liberdade, levando em conta a gravidade da infração originariamente condenada por multa, conforme o artigo 66 do Código penal. O texto do artigo 53.2 Código penal deixa lacuna para essa possibilidade, principalmente se nos basearmos no princípio da proporcionalidade, e que ademais permite superar um dos principais problemas que envolvem a responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa, a de sua desproporção com a infração originária.⁵⁴⁷

D. A substituição obrigatória na Espanha

O artigo 71.2 do Código penal espanhol prevê a possibilidade de aplicar-se a pena de trabalhos em benefício da comunidade em substituição a uma pena de prisão *inferior a três meses*, levando em consideração o previsto nos artigos 88 e seguinte do Código penal, sem prejuízo de deixar suspensa a pena em casos em que isto seja possível. O novo dispositivo resulta da reforma operada pela LO 15/2003 e tem por escopo adaptar a redação ao novo limite mínimo da pena de prisão que os artigos

⁵⁴⁶ BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 174.

⁵⁴⁷ Assim, BRANDARIZ GARCÍA, *op.cit.*, p. 188; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 383 e ss; BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 188.

33.3.a) e 36.1 fixam em três meses. Ou seja, a introdução no contexto punitivo espanhol de penas curtas inferiores a seis meses comporta que o limite estabelecido no artigo 71.2, que estava definido em seis meses, *diminua agora* até os três meses.

Diminui, portanto, a margem para o que resulta de aplicação este dispositivo em tanto que a partir dos três meses, e sem prejuízo da possibilidade de acender ao regime de substituição e suspensão de sanções, não existe nenhum impedimento legal para que o condenado ingresse em um estabelecimento prisional. Porém, abaixo dos três meses, a pena privativa de liberdade deve ser *obrigatoriamente* substituída por multa ou por trabalhos em benefício da comunidade, desde que respeitados os critérios de conversão previstos no artigo 88 do Código penal.⁵⁴⁸ Além disso, a remissão ao artigo 88 do Código penal supõe a possibilidade de aplicar-se também nessas hipóteses algumas das regras de conduta previstas no artigo 83 nas circunstâncias já expostas, e, portanto, também com os problemas que podem ser detectados nos casos de descumprimento.⁵⁴⁹

Em suma, o aspecto positivo dessa nova normativa baseia-se no fato de que com a desapareção da pena de arresto de fim de semana, a pena de prisão inferior a três meses agora pode efetivamente ser substituída pela pena de trabalhos em benefício da comunidade, de modo que o condenado não tenha que passar pelos labirintos obscuros da pena privativa de liberdade de curta duração.

E. Análise comparada

Como é sabido, a reforma do artigo 88 do Código penal espanhol realizada pela LO 15/2003 supôs uma alteração importante na *função* de pena substitutiva dos trabalhos em benefício da comunidade. A extinção da pena de arrestos de fim de semana pôs fim ao papel antigo dos trabalhos em benefício da comunidade em substituição da

⁵⁴⁸ TÉLLEZ AGUILERA, La Ley penal 21 (2005), p. 18; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 376.

⁵⁴⁹ TORRES ROSELL, op.cit., p. 376.

mesma; a sanção em destaque aparece em contrapartida, na nova versão do artigo 88 do Código penal, como substituta da pena de prisão. Por intermédio dessa modificação normativa se incentiva de maneira considerável a aplicabilidade substitutiva dos trabalhos comunitários, toda vez que os arrestos de fins de semana constituíam uma sanção mais marginalizada que a prisão. Por outro lado, de acordo com a nova redação normativa, a pena de trabalhos em benefício da comunidade pode efetivamente servir para reduzir a aplicação da prisão, frente ao contexto anterior, em que se via restringida a operar apenas como substituta de outra pena alternativa à prisão.

No Brasil, a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade está estabelecida no Código penal brasileiro e à disposição do juiz para ser executada no momento da determinação da pena na sentença, conforme o artigo 59, IV⁵⁵⁰ do mesmo texto legal, já que, por sua própria natureza, requer a prévia determinação da quantidade de pena a impor. E como na dosagem da pena o juiz deve eleger a pena mais *adequada*, levando em consideração, tal como ocorre na Espanha, a personalidade do agente e demais elementos do citado artigo, e, fundamentalmente, a finalidade preventiva, sendo natural que nesse momento processual se examine a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade.⁵⁵¹ Ao determinar a quantidade final da pena de prisão, se esta não for superior a quatro anos ou se o delito praticado ocorreu na modalidade culposa, o juiz, imediatamente, deverá considerar a possibilidade de substituição.⁵⁵²

⁵⁵⁰ Art. 59 CP: “O juiz deve, atendendo a culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente... IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

⁵⁵¹ Vid., nesse sentido, AC/RS – 2006- 951269, Relator. Des. Miguel Frank, pp. 07 e 08; Art. 148 da LEP. Art. 148: “Em qualquer fase da execução, poderá o juiz, motivadamente, alterar a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário estadual.”

⁵⁵² Assim, BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, pp. 81 e ss; DELMANTO, *Código penal comentado*, pp. 69 e ss; MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, pp. 266 e ss; DEL CAMPO, *Penas restritivas de direitos*, pp. 08 e ss; JESUS, *Penas alternativas*, pp. 56 e ss; CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*, pp. 133 e 134; GONÇALVES, *Penas alternativas*, p. 18; ROBALDO, *Penas e medidas alternativas*, pp. 156 e ss.

Nesse aspecto, somente se não for possível a substituição, o juiz passará a examinar a possibilidade da suspensão condicional da pena, prevista no artigo 77, III do Código penal. Observa-se aqui uma enorme *contradição* com os pressupostos minimadores do Direito penal moderno em que se pretende utilizar cada vez menos a punição em detrimento da liberdade, uma vez que o legislador brasileiro optou em apenas conceder a substituição da pena quando não houver outra forma de punir o infrator.⁵⁵³

À diferença do ordenamento penal espanhol, principalmente depois da introdução da LO 15/2003, que passou a prever outras consequências jurídicas distintas da prisão no próprio dispositivo penal, o Direito codificado brasileiro tradicionalmente prevê a sanção privativa de liberdade em cada tipo penal. É que a norma penal compõe-se de duas partes: 1ª, o preceito, que contém o imperativo de proibição ou comando e 2ª, a própria sanção (em regra prisão), que constitui a ameaça de punição a quem violar o preceito primário.

Com relação às penas restritivas de direitos, das quais se encontram a prestação de serviços à comunidade, foi adotado outro sistema de cominação de penas, mais flexível, porém sem a intenção de alterar a estrutura do diploma punitivo. O legislador criou a seção II, prevista no Capítulo I do Título V do Código penal regulando especificamente as condições gerais de aplicação da referida espécie de sanção. Com esse novo sistema, o legislador brasileiro tentou evitar o problema do casuísmo, ou seja, a dificuldade em eleger os crimes que poderiam ou não ser condenados com este tipo de sanção.⁵⁵⁴ Assim, se a pena efetivamente aplicada não ultrapassar os quatro anos de prisão ou se o delito for culposos, estando presentes os demais requisitos (que serão analisados *infra*) será possível, teoricamente, aplicar

⁵⁵³ Cfr., BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p. 78, ao analisar as contradições entre as Leis 9.099/95 e 9.714/98 que são consideradas Leis despenalizadoras.

⁵⁵⁴ Vid. BITENCOURT, *op.cit.*, p. 78.

uma pena de prestação de serviços à comunidade, que apesar de ser uma sanção autônoma é substituta.⁵⁵⁵

Essa sistemática pode afastar a divergência doutrinária e jurisprudencial, que pode, inclusive, ser verificada na Espanha, sobre quais são as infrações que deverão ou poderão receber uma pena de prestação de serviços à comunidade, não havendo no Brasil, nenhuma polêmica a respeito de quais delitos podem receber uma pena restritiva de direitos, ainda que sejam genéricas e não previstas nos *tipos da parte especial*.

Nesse particular, observa-se que a sistemática adotada no Brasil possibilita ao juiz atuar com mais discricionariedade se comparado com a sistemática adotada na Espanha, uma vez que o magistrado brasileiro possui a capacidade de eleger a pena mais adequada, bem como a substituição de uma pena de sérios efeitos negativos por outra menos estigmatizante. Dessa forma, o Direito penal brasileiro, mantém os limites mínimos e máximos da pena para cada delito estabelecido expressamente na norma. Isso significa dizer que essa ampla margem concedida ao juiz surgiu essencialmente para que o mesmo escolha, no caso concreto, a pena mais adequada ao delinquente, posto que os limites sejam aqueles disponibilizados na sentença, correspondentes à pena privativa de liberdade de cada tipo penal, ressalvada a hipótese prevista no artigo 55 do Código penal que dispõe que “*o limite de duração das penas restritivas será o mesmo da pena privativa de liberdade substituída*”.

A pena de prestação de serviços à comunidade não pode ser *suspensa*, segundo o artigo 80 do Código penal. Como mencionada sanção já é considerada uma medida alternativa à pena de prisão, por razões de política criminal, não teria sentido suspendê-la, e, ademais, é condição obrigatória do primeiro ano de prova do *sursis* simples e tampouco pode ser substituída por multa.

⁵⁵⁵ SZNICK, *Penas alternativas*, pp. 131 e ss; PRADO, *Curso de Direito penal brasileiro*, p. 609; MARTINS, *Penas alternativas*, pp. 64 e ss; ROBALDO, *Penas e medidas alternativas*, pp. 156 e ss; NEVES, *Penas restritivas de direitos*, pp. 128 e ss.

A continuação verificar-se-á todos os critérios de substituição da pena de prisão por trabalhos em benefício da comunidade nos ordenamentos penais de Espanha e Brasil, de modo que sempre quando seja oportuno se comparará os dois sistemas jurídicos. Na legislação espanhola analisar-se-á os critérios materiais, processuais, temporais, de violência de gênero, jurisdicionais, àqueles que devem ser aplicados em programas específicos de reeducação e tratamento psicológico, bem como às penas de prisão inferiores aos três meses. Já com relação à normativa brasileira, se pretende analisar os requisitos objetivos e subjetivos tangentes à substituição da pena de prisão por prestação de serviços à comunidade.

1. Critérios materiais para a substituição da prisão por trabalhos em benefício da comunidade na Espanha

O atual artigo 88 do Código penal estabelece taxativamente quais são os critérios necessários para que se proceda a substituição, que poderiam de alguma forma dividir-se em requisitos *materiais* e *procedimentais*. Entre os primeiros destacam-se fundamentalmente três. Em *primeiro lugar*, a substituição só será viável nas hipóteses em que não se trate de réus habituais, ou seja, sujeitos que foram condenados por três ou mais delitos do mesmo capítulo nos últimos cinco anos anteriores ao momento da decisão sobre a substituição, conforme reza o artigo 94 do Código penal. Trata-se, portanto, conforme BRANDARIZ GARCÍA de uma exigência que deve merecer uma consideração favorável.⁵⁵⁶

O *segundo* critério material elementar é o da duração da pena de prisão substituída, condição que permanece inalterada desde a versão original do artigo 88 do Código penal. Conforme a normativa, a pena de prisão poderá ser substituída se sua duração não exceder aos dois anos; não obstante, em tal marco punitivo existem dois regimes de substituição distintos, com diferentes requisitos orientadores da concessão e diferentes penas substitutas, o que pode afetar à substituição das penas de prisão de duração não superior a um ano previstas no primeiro parágrafo do artigo 88.1 do

⁵⁵⁶ BRANDARIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 195.

Código penal, e o aplicável àquelas que transitam entre um e dois anos conforme a previsão do artigo 88.1, segundo parágrafo.

O *terceiro* critério material, não se apresenta de forma expressa no artigo 88.1 do Código penal, porém, fazendo-se uma interpretação sistemática, pode-se dizer que em contrapartida, se previa seu antecedente, em relação com a substituição das penas de arrestos de fim de semana por trabalhos comunitários. Trata-se da exigência da prévia prestação sobre a conformidade por parte do condenado, aplicável, toda vez que aparece previsto com caráter geral na norma do artigo 49 do Código penal, gozando dessa forma de uma projeção sobre o conjunto de hipóteses em que se pode operar dita sanção.⁵⁵⁷

2. Critérios processuais para a substituição da prisão por trabalhos em benefício da comunidade na Espanha

Relativo aos pressupostos *processuais*, o artigo 88.1 do Código penal dispõe que a substituição será negociada na própria sentença condenatória ou em auto motivado posterior à mesma, mas sempre antes de dar início a execução da pena, e prévia audiência das partes.⁵⁵⁸ A decisão, no entanto se dará na sentença condenatória nos casos em que houveram debates sobre a concessão do benefício da substituição no ato de juízo, cumprindo desse modo a exigência da audiência feita pelas partes;⁵⁵⁹ em caso contrário, a concessão será realizada em um procedimento (auto) posterior à sentença condenatória. Assim, resulta evidente que a definição sobre a substituição estará sujeita ao regime geral de recursos previstos para as sentenças ou para os autos correspondentes; isso resulta transcendente a partir do momento em que se leva em conta que dita definição, em consonância com a regulação procedimental dos artigos

⁵⁵⁷ Vid., BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 195.

⁵⁵⁸ Ressalta OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*, p. 127, que neste trâmite deve ser produzido o primeiro consentimento do condenado.

⁵⁵⁹ Cfr. GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, p. 123; SERRANO PASCUAL, *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, p. 374; OLARTE HURTADO, op.cit., p. 128.

3 – 5 do RD 515/2005, pode ser desconsiderado das circunstâncias pessoais do sujeito. Diferentemente do que ocorria com a *normativa anterior* no suposto dos arrestos de fim de semana, o artigo 88.1 do Código penal estabelece os requisitos que devem ser analisados pelo juiz no momento da decisão sobre a concessão da substituição e sobre a duração dessa com relação a prisão.⁵⁶⁰

Em *primeiro lugar* e de modo geral, o artigo 88.1 do Código penal determina como critérios de análise as circunstâncias pessoais do infrator, sua conduta, a natureza do fato e, em particular os esforços que devem ser verificados e desenvolvidos para a reparação do dano causado pelo delito. Assim, convém considerar que a decisão do juiz deve orientar-se utilizando métodos capazes de atender a considerações *preventivo-gerais* incorporadas já no limite máximo de duração da pena de prisão, bem como em alguns dos requisitos dispostos no próprio preceito, junto com considerações voltadas à *reabilitação* (prevenção especial),⁵⁶¹ e em atenção aos restantes princípios fundamentadores aplicáveis ao caso, tais como os de humanidade e proporcionalidade das penas.⁵⁶²

3. Critério temporal de substituição no ordenamento espanhol

Atinente à pena de prisão que ultrapassa o limite de um ano de duração, sem superar os dois anos, o parágrafo segundo do artigo 88.1 do Código penal acrescenta um novo requisito fundamental para a decisão jurisdicional: “*das circunstancias do fato e do culpável se inferir que o cumprimento...*” da pena de prisão “*haveria de frustrar seus fins de prevenção e reinserção social*”. Esse segundo requisito deve ser analisado sob alguns aspectos. Em *primeiro lugar*, porque situa a decisão sobre a concessão ou não da substituição no âmbito preventivo-especial, que nesse caso se vê enfatizada, dentro do contexto preventivo-geral. Em *segundo lugar*, porque não exige um juízo positivo de reabilitação do condenado para que a substituição seja

⁵⁶⁰ BRANDARIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 196.

⁵⁶¹ GARCÍA ARÁN, *op.cit.*, p. 120.

⁵⁶² Nesse sentido, OLARTE HURTADO, *op.cit.*, p. 128; BRANDARIZ GARCÍA, *op.cit.*, p. 197.

outorgada, senão que, numa perspectiva mais simplista e mais realista com o estado do pensamento penal atual, se contenta com o juízo negativo sobre a aplicação da privação de liberdade. A partir dessa perspectiva, pode-se entender que, em princípio, a pena de trabalhos em benefício da comunidade deve gerar uma expectativa preventivo-especial *notavelmente superior* que a correspondente privativa de liberdade.

De outra sorte, o artigo 88.1 do Código penal não dispõe critério algum sobre as possibilidades que têm o magistrado para decidir entre as distintas penas substitutivas, eleição que deve ser dada entre multa e trabalhos em benefício da comunidade no caso de penas de prisão que não superem um ano de duração, e entre multa ou multa e trabalhos em benefício da comunidade no caso em que a pena de prisão a ser aplicada ultrapasse esse limite sem ultrapassar o de dois.

Por essa razão, seria pertinente que o legislador provesse indicações mais *específicas* para orientar a decisão do magistrado, por mais que em alguns elementos do regime jurídico de substituição se possa delimitar essa eleição.⁵⁶³

Em *primeiro lugar*, é importante relevar o requisito da prévia conformidade do condenado, o qual, como se comentou, deve-se entender implícito apesar de não estar expressamente incluído no artigo 88.1 do Código penal. Em efeito, devido a essa omissão legislativa, a única pena substituta em seu caso passa a ser a multa, tanto nos casos de substituições de prisão não superiores a um ano, como nos casos regulados no segundo parágrafo do artigo. Na prática, esse consentimento poderá ser forçado em alguns casos justamente para que se aplique a multa e não a pena privativa de liberdade.

Uma *segunda* consideração importante sobre a decisão entre as alternativas presentes no artigo 88.1 do Código penal deriva das disposições que regulam a duração da pena de trabalhos em benefício da comunidade. Isso porque o artigo 33.3 do Código

⁵⁶³ Nesse sentido, BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 178.

penal, quando regula a gravidade das penas, principalmente em seu aspecto temporal estabelece que o limite máximo de duração da sanção de trabalhos em benefício da comunidade é de 180 dias. O artigo 88.1 do Código penal, por sua parte, prevê um critério de conversão de um dia de prisão por uma jornada de trabalho, aplicável tanto para a substituição da pena privativa de liberdade de até um ano como para o caso de que se estenda até dois anos.⁵⁶⁴ Se, como parece procedente, se interpreta que as denominações de dia e jornada são equivalentes, os problemas que geram a interpretação conjunta dessas normas resultam evidentes. As *antinomias* entre as mesmas, segundo BRANDARIZ GARCÍA, só parecem oferecer duas soluções hermenêuticas sustentáveis.

Em *primeiro lugar*, caberia compreender que o limite do artigo 33.3 do Código penal é absoluto, e aplicável em todos os contextos operacionais da pena de trabalho em benefício da comunidade, de modo que o máximo de pena de prisão que poderia ser substituída por trabalhos comunitários seriam seis meses, e isso tanto nas hipóteses previstas no parágrafo primeiro como no segundo do artigo 88.1 do Código penal. Dessa forma, se banalizaria em grande medida a operacionalidade da pena de trabalhos em benefício da comunidade nesse contexto, já que qualquer pena privativa de liberdade que se situa entre seis meses e dois anos deveriam recorrer à multa como sanção substituta daquela.⁵⁶⁵

Em *segundo lugar*, poderia compreender que tal limite do artigo 33.3 do Código penal não resulta aplicável à função substituta do trabalho em benefício da comunidade (nesse caso invocando o artigo 40.4 do Código penal)⁵⁶⁶ de forma que

⁵⁶⁴ Importante mencionar aqui a existência de uma polêmica doutrinária sobre a manutenção de dito critério de conversão no suposto de substituição do segundo parágrafo do artigo 88.1, toda vez que um setor da doutrina considera que no mesmo um dia de prisão deve equivaler a duas jornadas de trabalho em benefício da comunidade. Para uma aproximação sobre essa discussão, vid. TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 367; BLAY GIL, op.cit., p. 179; BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 199.

⁵⁶⁵ BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 200.

⁵⁶⁶ Art. 40.4 do Código penal prevê que: “A pena de trabalhos em beneficio da comunidade terá uma duração de um dia a um ano”.

esses poderiam substituir por completo uma pena de prisão até um ano ou até mesmo dois anos, sempre que nesse segundo caso reserve-se um mínimo de um dia para substituir por multa.⁵⁶⁷ Essa segunda interpretação potenciaria claramente a função substitutiva dos trabalhos em benefício da comunidade, porém criaria o risco de desobedecer o previsto no artigo 33.3 do Código penal, e criaria penas de trabalhos comunitários desproporcionais, dificilmente executáveis.⁵⁶⁸ No entanto, a solução desse problema jurídico interpretativo depende em grande medida da decisão do juiz sobre a pena ou penas substitutas que poderão ser aplicadas.

Além desses pressupostos específicos, em termos gerais o critério mais oportuno para orientar a decisão do juiz é o próprio fundamento reabilitador que estimula à execução da pena, em cujo marco pode-se ainda cobrar importância a *opinião* do condenado.⁵⁶⁹ A partir desse ponto de vista, a multa deveria gozar de preeminência e, nos casos em que os condenados disponham de *escassos* recursos econômicos e por isso poderiam ver-se impossibilitados de cumprir a sanção, os trabalhos em benefício da comunidade podem atuar, desde aquela orientação ressocializadora, como a pena substituta que deve ser priorizada.⁵⁷⁰

4. Critérios para a substituição relacionados à violência de gênero na Espanha

Ainda sobre as possibilidades substitutivas suscetíveis do artigo 88.1 do Código penal, convém mencionar que seu terceiro parágrafo, introduzido pela LO 15/2003 e modificado posteriormente pela LO 1/2004, determina que em caso de condenação por “*delito relacionado com violência de gênero*”, a pena de prisão só poderá ser substituída por trabalhos em benefício da comunidade, com exclusão inclusive da multa. Ressalta-se também que (diferentemente do que previa a versão do preceito

⁵⁶⁷ TORRES ROSELL, op.cit., p. 367.

⁵⁶⁸ TORRES ROSELL, op.cit., p. 224; BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 200.

⁵⁶⁹ Vid. SERRANO BUTRAGUEÑO, *Las penas en el nuevo código penal*, p. 92; BLAY GIL, op.cit., p. 182; BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 200.

⁵⁷⁰ SERRANO BUTRAGUEÑO, op.cit., p. 92; CID MOLINÉ /LARRAURI PUJAN, *Jueces penales y penas en España*, p. 115.

aprovada pela LO 15/2003), a referência à “*violência de gênero*” determina que só seja aplicável às infrações cometidas contra a esposa do infrator, ou seja, uma mulher que esteja ou esteve vinculada a ele por uma *relação de afetividade* análoga à marital, ainda que sem convivência diária.⁵⁷¹ Essa imposição por parte do legislador incide no fato de que frente à multa, a sanção de trabalhos em benefício da comunidade apresenta maior carga punitiva, maior idoneidade e maior projeção pública, bem como melhores expectativas de controle.⁵⁷² Certamente não é o âmbito delitivo em que a pena de trabalhos em benefício da comunidade, dado seu conteúdo punitivo, pode despregar maiores efeitos preventivo-especiais e preventivo-gerais, como o demonstra, a título de referência, o fato de que sua projeção sobre vítimas de delitos semelhantes se considere particularmente desapropriado.⁵⁷³ Ademais, poder-se-ia pensar em outras punições mais apropriadas para sancionar delitos dessa natureza de modo que não se imponha naturalmente uma pena de prisão. A tudo isso, deve-se acrescentar que esta rejeição à pena pecuniária incrementa as dúvidas sobre os limites de duração dos trabalhos em benefício da comunidade como penas substitutas, e sobre a viabilidade de que, de acordo com a normativa vigente, possam realmente servir de instrumento de troca a penas de prisão de uma duração até dois anos. Não obstante, apesar dessas importantes incongruências, o modelo geral de substituição previsto no artigo 88 do Código penal, verificada a necessária exclusão da pena pecuniária, não possibilitaria ao legislador outra alternativa a não ser optar por essa sanção em benefício da comunidade.⁵⁷⁴

⁵⁷¹ Cfr., nesse sentido, TORRES ROSELL, op.cit., p. 374.

⁵⁷² Vid. TORRES ROSELL, op.cit., p. 470 e ss; OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*, pp. 135 e 148 e ss; BLAY GIL, op.cit., pp. 182 e 183; BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 202.

⁵⁷³ OLARTE HURTADO, op.cit., pp. 107 e 315; BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 202.

⁵⁷⁴ De modo contrário, REIG REIG, *Estudio sobre la Ley Orgánica 15/2003*, afirma que carece de sentido os delitos dessa natureza serem penalizados apenas com esse tipo de sanção, uma vez que essa decisão do legislador desrespeita o princípio constitucional da igualdade.

5. Critério jurisdicional

Em relação à escolha jurisdicional de penas substitutivas, vale a pena fazer referência a outra controvérsia doutrinária, em razão da qual em determinadas circunstâncias o juiz poderia não ter uma verdadeira alternativa no momento de escolher a sanção que de forma mais coerente possa substituir à prisão. Alguns autores entendem que nos casos em que as penas substitutas (multa ou trabalhos em benefício da comunidade) estão previstas como pena alternativa principal à prisão no delito correspondente e, desse modo, caso o juiz não opte por elas, não poderá impor-las posteriormente em sede de substituição.⁵⁷⁵ Dessa forma, em ditas hipóteses a escolha do juiz deveria restringir-se a imposição de outras penas substitutivas não presentes no preceito como principal.

Esse entendimento doutrinário *não* parece convincente e correto segundo BRANDARIZ GARCÍA, ainda que na prática os juízes tendam a operar dessa forma. Para o autor, em um *plano abstrato*, não parece que essa interpretação deva deduzir-se do sistema de substituição da pena privativa de liberdade prevista pelo artigo 88 do Código penal. E isso porque as conseqüências de optar em um ou outro momento (principal/substituta) pela pena de trabalhos em benefício da comunidade são claramente distintas, de modo que a escolha da prisão na primeira fase de aplicação da pena não tem porque significar, necessariamente, a imposição de recorrer aos trabalhos em benefício da comunidade no momento de sua substituição. Em *primeiro lugar*, a duração da pena de trabalho em benefício da comunidade principal e substituta não tem porque coincidir (talvez seja geralmente maior na segunda fase) com o que a estimação de sua insuficiência preventivo-geral no momento da imposição inicial da pena pode perfeitamente não persistir na fase de substituição. Em *segundo lugar*, essa mesma potencialidade preventivo-geral será maior no momento em que o juiz aplicar o trabalho em benefício da comunidade substitutivo, cujo descumprimento está cominado com o retorno à prisão, enquanto que o trabalho comunitário como pena principal só tem como conseqüência jurídica de reforço a

⁵⁷⁵ Assim, PRAT WESTERLINDH, *Alternativas a la prisión*, pp. 21 e ss; TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, p. 288.

multa prevista no artigo 468.1 do Código penal que trata do delito de quebrantamento de condenação. Dessa forma, o juiz pode querer evidenciar um *desvalor* do fato optando inicialmente por uma pena de prisão, mas acordando posteriormente, antes de tudo por considerações preventivo-especiais, a substituição dessa pena por trabalhos em benefício da comunidade. Ademais, arremata o autor, que a Lei parece estar pensando nessa hipótese, uma vez que o artigo 88 do Código penal dispõe expressamente que é possível a substituição da prisão “*ainda que a lei não preveja essas penas para o delito que se trate*”. Por tudo isso, e como também vem entendendo a jurisprudência deve-se dizer que não há razão para que a não eleição de uma pena de trabalhos em benefício da comunidade como sanção principal impeça seu emprego em sede de substituição da prisão.⁵⁷⁶

Portanto, a substituição auferida supõe a execução de uma pena de multa, de trabalhos em benefício da comunidade ou de ambas conjuntamente, em lugar da pena de prisão prevista como pena principal. Como visto anteriormente, a pena ou penas substituídas terão sua duração conforme os critérios de conversão de dias de prisão (no caso dos trabalhos em benefício da comunidade, uma jornada de trabalho por cada dia de prisão) estabelecidos no artigo 88.1 do Código penal.

Além disso, o final do parágrafo primeiro desse dispositivo faculta ao juiz impor, no âmbito da substituição “... *uma ou várias obrigações ou deveres...*” previstos no art. 83 do Código penal⁵⁷⁷, “*de não haver-se estabelecido como penas na sentença, por tempo que não poderá exceder da duração da pena substituída*”.

⁵⁷⁶ BRANDARIZ GARCÍA, *La sanción de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 203 e 204.

⁵⁷⁷ Entre os deveres previstos nesse artigo estão: “1ª, *proibição de acudir a determinados lugares.*
2ª *Proibição de aproximar-se das vítimas, ou aquelas de seus familiares ou outras pessoas que determine o juiz ou tribunal, ou de comunicar-se com elas.*
3ª *Proibição de ausentar-se sem autorização do juiz ou tribunal do lugar onde resida.*
4ª. *Comparecer pessoalmente ante o julgado ou tribunal, ou serviço da Administração que estes assinalam, para informar suas atividades e justificá-las.*
5ª. *Participar em programas formativos, laborais, culturais, de educação vial, sexual e outros similares.*
6ª, *Cumprir os demais deveres que o juiz ou tribunal estime convenientes para a reabilitação social do condenado, prévia conformidade deste, sempre que não atente contra sua dignidade como pessoa.*”

O *primeiro* questionamento que suscita essa disposição normativa é que a mesma não parece ter sentido num contexto em que se aplica uma pena substituta como a de trabalhos em benefício da comunidade frente à prisão. É correto que a imposição de tais regras de conduta facilite a concessão da substituição em casos em que sua aplicação seja de duvidosa idoneidade, desde um ponto de vista da prevenção geral. Não obstante, fora dessa funcionalidade eventual, sua previsão é de discutível utilidade e isso por algumas razões. Em *primeiro lugar*, porque sua existência tem mais a ver com o instituto da suspensão condicional, onde operam como regra de controle de um condenado que não fica submetido à pena alguma, que na substituição, onde se aplica efetivamente uma consequência jurídica no lugar da prisão.⁵⁷⁸ Em *segundo lugar*, no que tange a pena de trabalhos em benefício da comunidade, a orientação dessas regras de controle não possuem, ao menos aparentemente, exacerbado potencial preventivo-especial.⁵⁷⁹ A imposição, portanto, de tais regras endurece, em contrapartida, a resposta penal, instigando de forma inadequada a possibilidade de descumprimento e, conseqüentemente, a revogação dos trabalhos em benefício da comunidade como sanção substituta. Por isso, nos casos em que se apliquem essas regras, poder-se-ia reduzir o horário da prestação de cada jornada de trabalho para tentar combater as conseqüências incoerentes que tal incremento punitivo possa criar.⁵⁸⁰

Um *segundo* questionamento gravita na imposição de tais regras de conduta no âmbito do artigo 88 do Código penal se deriva do fato de que tal possibilidade vem expressamente prevista no parágrafo primeiro do artigo, que regula a substituição da pena de prisão de até um ano, mas não no segundo parágrafo, que estabelece o regime da substituição quando a pena de prisão supera um ano, mas não ultrapassa os dois anos. A primeira forma de pensar paira na dedução de que essa ausência

⁵⁷⁸ Nesse sentido, TORRES ROSELL, op.cit., pp. 363 e ss; BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., pp. 205 e 206.

⁵⁷⁹ Esse parece ser o entendimento de BLAY GIL, op.cit., p. 181. Contrariamente a esse pensamento, MAGRO SERVET, La Ley penal 18 (2005), p. 108; PARES I GALES, CPC 64 (1998), p. 164; TORRES ROSELL, op.cit., pp. 364 e ss.

⁵⁸⁰ BLAY GIL, op.cit., pp. 181 e 182.

apontaria na esteira de entender que nessa segunda modalidade de substituição não é possível essa imposição das regras do artigo 83 do Código penal, toda vez que se proceder a sua aplicação poderá constituir um exercício de analogia em *mala partem*, proibido pelo Direito penal moderno.⁵⁸¹ Não obstante, parece oportuno reconhecer a carência de sentido desse incremento punitivo nos casos em que se verifica uma menor gravidade regulada no parágrafo primeiro e não fazê-lo nos casos mais graves previstos no parágrafo segundo. Em razão do exposto, parece mais adequado, a partir desse entendimento, entender que não se estaria senão ante certo *descuido* do legislador, que não impede uma interpretação sistemática e conjunta do artigo 88.1 do Código penal, em virtude do qual a aplicação de normas também é viável nos casos de substituição de penas de prisão de entre um e dois anos de duração.⁵⁸²

6. Os trabalhos em benefício da comunidade aplicados em programas específicos de reeducação e tratamento psicológico

Concernente ao acréscimo de deveres ou regras de conduta aos trabalhos em benefício da comunidade como pena substituta, o terceiro parágrafo do artigo 88.1 do Código penal, que prevê o regime específico de substituição da prisão nos casos de delitos de violência de gênero, estabelece de forma perceptiva a aplicação em tais supostos a “*sujeição a programas específicos de reeducação e tratamento psicológico*”, assim como a observância das regras 1ª e 2ª do artigo 83.1 do Código penal, ou seja, a proibição de acudir a determinados lugares, a proibição de aproximar-se a vítima etc. Nessa hipótese, a aplicação dessas regras e deveres possui maior sentido e coerência. *Em primeiro lugar*, a submissão aos programas mencionados pretende garantir sua realização em ausência da privação de liberdade, equiparando a situação com a dos reclusos por tal delito, que em princípio deverão submeter-se a essas medidas no âmbito dos estabelecimentos prisionais. *Em segundo lugar*, as regras de conduta do artigo 83.1 do Código penal efetivamente aplicadas

⁵⁸¹ Vid. TORRES ROSELL, op.cit., pp. 371 e ss; BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 207.

⁵⁸² TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, pp. 181 e ss; BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 207.

pretendem proteger a integridade da vítima, uma vez que busca o total afastamento do infrator. Não obstante, esta segunda parte poderia ser prescindível, uma vez que tais medidas já foram impostas em ditos preceitos normativos como penas acessórias, em razão do disposto no artigo 57.2 do Código penal.⁵⁸³

7. Os trabalhos em benefício da comunidade como pena substituta das penas de prisão inferiores a três meses

A introdução da pena de trabalhos em benefício da comunidade no âmbito da substituição da pena de prisão implica também sua aplicabilidade no contexto do artigo 71.2 do Código penal espanhol. Em homenagem a tal preceito, quando por aplicação das regras de determinação da pena, proceda impor uma pena de prisão inferior a três meses, a mesma será substituída conforme o estabelecido no artigo 88 do Código penal. Assim, a pena de trabalhos em benefício da comunidade poderá exercer também o papel de *sanção substituta* da prisão inferior a três meses. O artigo 71.2 do Código penal remete geralmente ao regime jurídico da substituição, previsto nos artigos 88 e 89 do Código penal, de forma que se deve entender que, *mutatis mutandis*, todos os extremos desta regulação serão também de aplicação. Isso vale também para a aplicação das regras de conduta do artigo 83 do Código penal, toda vez que se tratar de penas privativas de liberdade de escassa duração a mesma carece de sentido lógico, não parece que existe base normativa na regra do artigo 71.2 do Código penal para tratar com exceção a remissão global ao artigo 88 do Código penal essa hipótese concreta.⁵⁸⁴

8. Critérios de substituição objetivos no Brasil

A aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade como substituta da pena de prisão, assim como na Espanha, está condicionada a determinados requisitos, uns objetivos e outros subjetivos, que devem estar presentes simultaneamente.

⁵⁸³ BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 208.

⁵⁸⁴ BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., pp. 208 e 209.

O primeiro *requisito objetivo* é a pena de prisão aplicada que não deve ser superior a quatro anos, independentemente da natureza do crime, doloso ou culposo, podendo ser substituída por prestação de serviços à comunidade. Essa pena, apesar de ser autônoma não perde seu caráter de substituta, pois além de não estar contemplada nos tipos penais da parte especial, como as de multa e prisão, limitam-se àqueles crimes dolosos que receberem *in concreto* pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, ou aos crimes culposos, independentemente da quantidade de pena aplicada. Dessa forma, qualquer dos dois poderá ser objeto de substituição, desde que satisfeitos os demais requisitos.⁵⁸⁵ Em relação à natureza do crime, privilegia-se os de *natureza culposa*, pois, para estes, permite-se a substituição da prisão independentemente da quantidade de pena aplicada. Por isso é necessário a análise da natureza do crime, à medida que, para o delito culposos não haja limite de pena aplicada. Ressalta-se, apenas, que no caso de pena superior a um ano de prisão, a substituição poderá ser feita por uma pena de prestação de serviços à comunidade e multa, ou, por duas penas restritivas de direitos, podendo ser aplicada a prestação de serviços à comunidade com outra da mesma natureza, desde que possam ser executadas simultaneamente.⁵⁸⁶

Percebe-se, portanto, que o julgador possui um elenco vasto de opções para eleger a pena que melhor se adapte à situação do réu e que atenda às exigências de prevenção geral e especial.⁵⁸⁷ Pode optar entre uma pena de prestação de serviços à comunidade e multa, ou uma prestação de serviços à comunidade com outra restritiva de direitos. Em crimes que tenham previsão em *abstrato* de pena de prisão cumulada com pena de multa, como ocorre com o furto qualificado, por exemplo, caso o juiz fixe uma

⁵⁸⁵ BITENCOURT, op.cit., pp. 81 e 82; GONÇALVES, *Penas alternativas*, p. 18; NEVES, *Penas restritivas de direitos*, p. 133.

⁵⁸⁶ Vid., nesse sentido, AC/RS – 2004-96211, Relator. Des. Ivan Bruxel, pp. 03 e ss; AC/RS- 2004-101285, Relatora. Des. Genacéia Alberton, p. 07.

⁵⁸⁷ Nessa mesma linha, BITENCOURT, op.cit., pp. 81 e ss; MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, pp. 266 e ss; DEL CAMPO, *Penas restritivas de direitos*, pp. 08 e ss; CAPEZ, *Direito Penal, Parte Geral*, pp. 348 e ss; MARTINS, *Penas alternativas*, pp. 64 e ss; ROBALDO, *Penas e medidas alternativas*, pp. 156 e ss; NEVES, op.cit., pp. 129 e ss.

pena de dois anos e dez dias-multa, poderá substituir a pena de prisão por uma de prestação de serviços à comunidade e outra da mesma natureza ou por prestação de serviços à comunidade e multa. Nesta última hipótese, serão impostas duas penas de multa ao condenado.

Se o réu for condenado por dois crimes em concurso material e o juiz fixar pena de dois anos de reclusão para cada crime, deverá o juiz somá-las, atingindo o patamar de quatro anos de prisão e, assim, substituir a pena por duas (e não quatro) restritivas de direitos ou uma restritiva e multa. Caso o juiz condene o réu a dois anos de reclusão por um crime e a dois anos de detenção por outro em concurso material, não poderão as penas ser somadas já que são distintas. Nesse caso, por uma razão de equidade, também não poderá o juiz aplicar quatro penas restritivas de direitos, uma vez que a condenação é menos grave que na hipótese anterior, não podendo ter uma pena maior. Aqui, deve-se verificar o uso da analogia *in bonam partem*.⁵⁸⁸

O segundo requisito objetivo exige que o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa. Passa-se a considerar, aqui, não só o desvalor do resultado, mas, principalmente o desvalor da ação, que, nos crimes violentos contra a pessoa, é sem dúvida, muito maior e, em decorrência dessa circunstância, seu autor não deve merecer o benefício da substituição.⁵⁸⁹ Por isso, se afasta a possibilidade de substituição da prisão por prestação de serviços à comunidade quando o agente praticar um crime violento. Desse modo, se o crime for praticado com emprego de violência sobre a coisa, como por exemplo, no crime de furto qualificado pela destruição de obstáculo (artigo 155, § 4º, I CP) e crime de dano (artigo 163 CP) é cabível o benefício. Ademais, deve-se verificar também o artigo 61 da Lei 9.099/95 que considera os crimes punidos em até dois anos de prisão de menor potencial ofensivo e que, por conseguinte, deverão continuar recebendo o mesmo tratamento disciplinados por essa Lei dos Juizados Especiais, com Direito às sanções que lá são efetivamente consideradas alternativas e não meramente substitutivas. Dessa forma,

⁵⁸⁸ Vid. GONÇALVES, op.cit., p. 28.

⁵⁸⁹ BITENCOURT, op.cit., pp. 82 e 83.

algumas condutas delituosas por mais que fossem praticadas mediante violência, poderiam seus autores, gozarem do benefício da substituição justamente por amoldarem-se ao artigo 61 da Lei dos Juizados Especiais. Nessa esteira, os autores de alguns crimes, tais como lesão corporal leve dolosa (artigo 129 CP), de constrangimento ilegal (Artigo 146 CP) e de ameaça (artigo 147 CP), ainda que sejam praticados com violência ou grave ameaça, poderão ser beneficiados por uma pena de prestação de serviços à comunidade por expressa disposição de Lei especial que deve prevalecer sobre a Lei geral, conforme o artigo 12 do Código penal brasileiro.

9. Critérios de substituição subjetivos no Brasil

De outra sorte, o artigo 43 do Código penal também prevê alguns requisitos de *ordem subjetiva* para que o juiz possa substituir a pena de prisão por prestação de serviços à comunidade. O primeiro deles exige que o réu não seja reincidente em crime doloso. Excepcionalmente, contudo, o artigo 44, § 3º, admite a substituição, desde que o juiz verifique a presença de dois pressupostos: em *primeiro lugar* que a medida seja socialmente recomendável no caso concreto em face da condenação anterior; em *segundo lugar* que a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime, chamada reincidência específica, mesmo que um crime seja simples e o outro qualificado.

Nesses casos, a decisão do juiz, que concede ou não a pena de prestação de serviços à comunidade deve ser sempre fundamentada. Pelo texto legal, se o agente é condenado por um furto simples e ostenta condenação anterior, ainda que por delito mais grave, como o roubo, pode obter o benefício se o juiz entender que a aplicação da medida é socialmente recomendável. Se, entretanto, possuía condenação anterior por outro crime de furto, não merecerá o benefício. No entanto, esse entendimento é *injustificável* porque estabelece certa desproporção entre as condutas praticadas, de modo que se deva compreender que, sendo a medida socialmente recomendável, será cabível a substituição, ainda que haja reincidência específica. Apenas a reincidência específica em crime doloso pode afastar o benefício. Nesse sentido, se o réu possui

condenação por crime doloso e sofre condenação por crime culposos pode obter o benefício e vice versa.⁵⁹⁰

O segundo requisito subjetivo, disposto no artigo 44, III do Código penal atende a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente para a prevenção e repressão do crime. Esse dispositivo serve como base para o juiz avaliar os méritos do acusado no caso concreto no sentido de este merecer ou não o benefício da substituição. Estabelece o artigo 69, § 1º, do Código penal, que na hipótese de concurso material, quando ao agente tiver sido aplicada pena de prisão, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será inoportuno a substituição por pena de prestação de serviços à comunidade. Assim, sendo alguém acusado por roubo qualificado em concurso material com lesão corporal culposa, caso o juiz aplique pena de sete anos, em regime fechado para o roubo, não poderá conceder a substituição no que se refere à pena da lesão culposa que é inferior a quatro anos.⁵⁹¹

No entanto, entende GOMES que com o advento da Lei 9.714/98, mais particularmente no artigo 44, § 5º, do Código penal, teria havido modificações na interpretação do preceito. Conforme a Lei, se alguém sofre condenação posterior por outro crime à pena privativa de liberdade, estando ele cumprindo pena de prestação de serviços à comunidade, o juiz só determinará a revogação deste benefício se a prisão tornar *impossível* o cumprimento da pena restritiva de direitos, o que não ocorre, por exemplo, se tinha sido imposta prestação pecuniária ou perda de bens. Dessa forma, argumenta ainda o autor que, da combinação dos dois artigos, pode-se concluir que o juiz, caso condene o réu por dois crimes, poderá efetuar a substituição em relação a um dos crimes, ainda que venha a aplicar a pena de prisão, não suspensa, em relação ao outro, bastando que aplique pena restritiva compatível, ou

⁵⁹⁰ GONÇALVES, op.cit., p. 22.

⁵⁹¹ GONÇALVES, op.cit., p. 23.

seja, que possa ser cumprida pelo condenado no âmbito do estabelecimento prisional.⁵⁹²

Esse entendimento retira do juiz a possibilidade de escolha da pena privativa de direitos mais adequada à hipótese, pois ficaria ele adstrito às poucas penas privativas de direitos compatíveis com a prisão. O magistrado, portanto, estaria obrigado a optar por uma delas, situação não admitida pelo legislador. Parece, no entanto, que o artigo 69 § 1º, do Código penal, deve continuar a ser interpretado em sua forma literal, vedando-se a substituição.⁵⁹³

⁵⁹² GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão, passim.*

⁵⁹³ Nesse sentido, GONÇALVES, op.cit., p. 23.

§ 5. A execução dos trabalhos em benefício da comunidade na Espanha e no Brasil

I. Introdução

Abordar-se-á nesse capítulo a análise do regime de execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade, não só no que diz respeito à realização do sofrimento do condenado, mas, ao mesmo tempo, identificar os métodos e processos que podem contribuir para que a pena seja algo mais que mera retribuição ou prevenção. O ponto inicial é a convicção sobre a importância dessa etapa penal, no sentido que as ferramentas, pensamentos, processos e condutas que nela estão submersas possam contribuir para o desenvolvimento de uma vida futura do condenado sem delitos, ou pelo menos, naquilo que penalmente interessa em que o episódio delitivo que o condenado foi *protagonista*, passe a formar parte de um passado remoto e nada saudoso. Tanto a forma como o conteúdo da execução depende do êxito ou do insucesso de todas essas etapas previstas no contexto do sistema criminal. Assim, tanto a não execução injustificada da pena como uma execução mal concebida e mal individualizada pode comportar consequências contrárias às pretendidas durante o processo, de modo que o condenado não entenda a rejeição que se lhe dirige por causa do delito que praticou e não se alcancem umas finalidades preventivas mínimas.

Por essa justificativa, devem-se analisar cuidadosamente as circunstâncias que possam contribuir com o desejo que se busca que é o de evitar que o condenado não volte a delinquir no futuro, e isso sem deixar de lado que as especiais características desta pena remetem à comunidade um valor positivo já subentendido. Portando, resulta importante determinar de que forma se fixa a atividade na qual deve executar o condenado, que instituições intervêm no âmbito da execução da pena e em que e quais circunstâncias se podem considerar que a pena aplicada foi satisfatória ou pelo contrário, indesejável.

Nessas linhas introdutórias também é imprescindível colocar a importância de uma *infraestrutura*, ainda que não excessivamente complexa, mas condizente a um sistema de coordenação efetivo entre os mais distintos agentes implicados nesse processo, ou seja, que haja harmonia entre o condenado, a entidade onde os trabalhos serão realizados, as tarefas, a Administração e o Poder Judiciário.⁵⁹⁴

No entanto, o regime de execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade experimentou na Espanha, com a entrada em vigor da LO 15/2003, algumas *alterações* significativas. O legislador espanhol de 1995, consciente que na normativa da pena prevista no artigo 49 do Código penal encontravam-se muitos aspectos que necessitavam de uma regulação mais transparente e sofisticada, principalmente nos elementos mais próximos à execução da pena, e que em outras oportunidades, já haviam recebido críticas contundentes de parte da doutrina e também do Conselho Geral do Poder Judicial⁵⁹⁵ pela simples razão de que esse dispositivo vulnerava o princípio da legalidade, optando por instituir um último parágrafo no próprio artigo através do qual remetia, para tudo aquilo que não estava previsto pelo Código penal, ao desenvolvimento regulamentar e também à LOGP e a seu regulamento de desenvolvimento.⁵⁹⁶ A remissão a LOGP foi criticada com razão pela doutrina penal, pelo simples fato de que não havia sentido e nem coerência estender à pena de trabalhos em benefício da comunidade às disposições previstas para o cumprimento da pena privativa de liberdade⁵⁹⁷, como por exemplo, se pode

⁵⁹⁴ Vid. ASÚA BATARRITA, em: *Estudios de Deusto*, p. 231; SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, p. 356; MAGRO SERVET, *La Ley penal 18 (2005)*, p. 02; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 400; BRANDARIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 349 e ss; BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, pp. 141 e 142; MÜLLER, *IBCCRIM* (1997), p. 10.

⁵⁹⁵ Vid. MANZANARES SAMANIEGO/ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, *AP* (1996), p. 488; MAGRO SERVET, em: VIEIRA MORANTE (Dir.) *Las penas y sus alternativas*, pp. 30 e ss; TORRES ROSELL, p. 400; INFORME AL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE CÓDIGO PENAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, RDPC 4 (1994), pp. 137 e 138, em que ese Conselho critica arduamente a remissão a disposições regulamentares das circunstâncias de execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade quando a LO não recorria ao conteúdo primordial da pena que era o critério de execução penal, contrariando, dessa forma, as exigências previstas nos artigos 25.1 e 88.1 do Código penal.

⁵⁹⁶ GARCÍA ARÁN, *CJ* 38 (1996), pp. 42 e ss.

⁵⁹⁷ GARCÍA ARÁN, *op.cit.*, p. 43; POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos*, p. 97.

perceber no âmbito do Direito penal brasileiro em que os pressupostos de cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade estão amoldados à LEP que dispõe, fundamentalmente, dos critérios de execução da pena privativa de liberdade. Cabe dizer, no entanto, que apesar da remissão do artigo 49 do Código penal espanhol à legislação penitenciária, antes da entrada em vigor do Código penal de 1995 foi aprovado o Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, onde se estabeleciam as circunstâncias de execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade, e que fez da remissão à Lei penitenciária uma previsão precária e de improvável aplicação.⁵⁹⁸

A entrada em vigor da LO 15/2003, fez com que se obrigasse a *repensar* a regulação vigente sobre o regime de execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade, e exclusivamente se continuava sendo aplicável o mencionado RD 690/1996. Essa dúvida pairava uma vez que existiam argumentos tanto para a continuação da vigência de esta norma como para sua revogação pela regulação surgida pela LO 15/2003. No entanto, a polêmica restou neutralizada com a aprovação do Real Decreto 515/2005, de 6 de maio, onde se determinam as circunstâncias de execução das penas de trabalhos em benefício da comunidade e de localização permanente, de determinadas medidas de segurança, bem como da suspensão das penas privativas de liberdade, mediante o qual se derogava expressamente o anterior Real Decreto de 1996.

Diferentemente do legislador espanhol, que pareceu muito mais preocupado com essas questões fundamentais relacionadas com a execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade, em que as mesmas encontram-se tipificadas não só no Código penal como também em outros instrumentos jurídicos, como foi possível perceber, ainda que se concedam algumas críticas a respeito do seu bom funcionamento, o legislador brasileiro decidiu alocar todos os critérios atinentes à execução dessa pena no artigo 46 do Código penal, criado pela Lei 9.714/98 e em alguns dispositivos da LEP.

⁵⁹⁸ Nesse sentido, TORRES ROSELL, op.cit., p. 401.

O legislador brasileiro apenas determinou na norma penal que a execução dessa pena consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos ou outros estabelecimentos semelhantes, em programas comunitários ou estatais, não sendo, portanto, remunerada.⁵⁹⁹

Dessa forma, conforme o artigo 46 do Código penal, as atividades serão atribuídas pelo juiz conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas a razão de uma hora diária de condenação fixada de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do condenado. O parágrafo 4º, do mesmo artigo, dispõe que, se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir-la em menor tempo, nunca *inferior* à metade da pena de prisão que foi originariamente fixada em sentença. O condenado, dessa forma, poderá cumprir a pena mais rapidamente, caso haja um número maior de horas por tarefas por dia. Ademais, compete ao juiz de execução, conforme o artigo 149 da LEP, designar a entidade na qual o condenado prestará o serviço, devendo tal entidade encaminhar, ao juízo das execuções, um informe mensal sobre o desenvolvimento do condenado no âmbito do cumprimento (art. 150 LEP).

No entanto, a partir de acertos e equívocos, transparências e obscuridades, certezas e incertezas que, se analisará a partir de agora todos os elementos inseridos nessa etapa penal nos dois ordenamentos jurídicos, que vai desde a seleção da atividade a ser prestada até o regime de descumprimento da pena, passando pelos critérios de determinação da jornada de trabalho, bem como os de controles judiciais e administrativos de execução.

⁵⁹⁹ GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 150; JESUS, *Penas alternativas*, p. 157; DEL CAMPO, *penas restritivas de direitos*, pp. 63 e ss; BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p. 137; CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*, p. 104; SZNICK, *Penas alternativas*, pp. 131 e ss; FERREIRA, *Aplicação da pena*, p. 184; SANTOS, *Direito Penal, Parte Geral*, p. 538; GONÇALVES, *Penas alternativas*, p. 26; MARTINS, *Penas alternativas*, pp. 95 e ss; NUCCL, *Individualização da pena*, pp. 321 e ss; NEVES, *Penas restritivas de direitos*, p. 171.

II. Seleção da atividade a ser prestada

Os atuais artigos 49 do Código penal espanhol e 46 do Código penal brasileiro determinam à Administração a função de *facilitar* ao condenado o trabalho que por ele será executado, e estabelecem mais precisamente no caso espanhol, que a Administração poderá estabelecer os convênios que considerem convenientes. Em consonância com esta previsão, o RD 515/2005, regula as vias para a determinação e aceitação de uma atividade para o condenado e estabelece os passos que a Administração deve seguir para a eleição da atividade, bem como a possibilidade de que seja o próprio condenado que, em determinadas ocasiões, *proponha* a tarefa. Essas hipóteses, não se encontram taxativamente previstas no ordenamento brasileiro, porém, nada obsta que o juiz da execução determine aquela atividade que melhor atenda as necessidades da comunidade e que esteja diretamente voltada às qualidades do próprio condenado. Ademais, no que tange a proposta da atividade a ser prestada pelo condenado deve-se dizer que o Direito brasileiro não permite que o mesmo escolha a atividade, no entanto, na prática, em não havendo vagas de trabalho condizentes com suas qualidades, nada impede que o próprio condenado proponha uma daquelas que se encontram sobrando, ainda que a última palavra seja do juiz da execução.

A. A entrevista do condenado

Foi mencionado *supra* que o legislador brasileiro não prevê em nenhum dispositivo do Código penal e tampouco em outro da legislação especial, a possibilidade do Poder judiciário entrevistar o condenado sobre a provável atividade que o mesmo desempenhará no exercício do cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade. No entanto, o juiz de execução possui plena *discrecionarietà* para conversar com condenado sobre o local e atividade em que serão desenvolvidas as prestações.

Talvez a falta de previsão normativa sobre essa circunstância esteja ainda baseada no fato de que a prestação de serviços à comunidade é um *ônus* que se impõe ao condenado num processo penal como consequência jurídica da violação de uma norma jurídica, não se tratando de um emprego ou um privilégio, apesar da existência de milhares de desempregados. O fato de dever ser cumprida enquanto os demais cidadãos usufruem seu período de descanso gera aborrecimentos, angústia e aflição, sendo esses sentimentos próprios a toda sanção penal e integram seu sentido retributivo.⁶⁰⁰

No entanto, o que a normativa brasileira apenas determina nesse sentido é que o juiz de execução possui ampla liberdade para modificar o modo, o horário e o local de cumprimento da pena, com o objetivo de ajustá-la às condições pessoais do condenado e conciliar suas atividades, de modo que não o prejudique⁶⁰¹, mas não faz menção alguma sobre o fato de que o juiz de execução deva antes de impor a prestação e o local em que serão realizados os trabalhos, sentar e *dialogar* com o condenado.

Ao contrário, na Espanha a fase de execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade inicia, conforme o artigo quinto do RD 515/2005 com a realização de uma entrevista ao condenado que deve permitir à Administração conhecer suas características pessoais, sua capacidade laboral e o envolvimento social, pessoal e familiar, tudo isso visando determinar a atividade mais apropriada.⁶⁰² O próprio dispositivo determina que também durante a entrevista “*se lle ofertarão ao*

⁶⁰⁰ Vid. BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p.141.

⁶⁰¹ JESUS, *Código Penal anotado*, p. 125; DELMANTO, *Código penal comentado*, p. 73; MIRABETE, *Manual de direito penal*, p. 270; GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, pp. 151 e ss; BITENCOURT, *op.cit.*, pp. 138 e 139; GONÇALVES, *Penas alternativas*, p. 26.

⁶⁰² No entanto, MANZANARES SAMANIEGO/ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, AP (1996), p. 492, posicionam-se de forma pessimista com relação a essa entrevista e consideram que esse elemento acarreta um atraso da execução da pena. Ademais, justificam ser desnecessária quando se trata de cumprimento de curta duração.

condenado as distintas vagas existentes”⁶⁰³, com o desejo de que este eleja aquela atividade que resulte mais conveniente, se bem que o segundo parágrafo desse mesmo dispositivo utiliza a expressão “*uma vez que o condenado tenha prestado sua conformidade com o trabalho que se lhe propõe (...)*”. Ou seja, ainda que se coloque primeiramente à possibilidade de oferecer ao condenado uma diversidade de prestações a serem realizadas, se confere a continuação que ao condenado se lhe propõe um trabalho para que este preste sua conformidade. Portanto, se percebe, assim como ocorria no antigo RD 690/1996 que o texto não deixa claro se o condenado opta efetivamente por uma entre as prestações que dispõe a Administração ou se deve consentir meramente sobre o único trabalho que a Administração lhe oferece depois de haver terminada a entrevista.⁶⁰⁴

Não obstante, talvez o que parece ser mais surpreendente em relação ao início da execução da pena e da fixação da tarefa a ser realizada não seja tanto que a atividade específica que finalmente vá ser desenvolvida pelo condenado seja escolhida por ele próprio ou pelos profissionais que lhe assistem, mas, sobretudo a ausência na Lei penal de uma previsão de intervenção dos profissionais sociais com caráter prévio a resolução judicial que impõe a aplicação de uma pena de trabalhos em benefício da comunidade.⁶⁰⁵ Nessa linha, não parece adequado que a realização de uma entrevista ao condenado em que se realiza a concorrência de uma série de capacidades pessoais relevantes para merecer a confiança que requeira a execução de uma pena no âmbito

⁶⁰³ Se no momento em que se celebra a entrevista não existirem vagas suficientes ou adequadas, o juiz ou tribunal poderá deixar suspensa a execução da pena até que se consiga a vaga oportuna para a execução. Nesse sentido, POZA CISNEROS, em: POZA CISNEROS (coord.) *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, p. 266; POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos en el Código penal*, p. 91. Para BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 287, em se tratando de pena de trabalhos em benefício da comunidade imposto pela responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa, passar-se-ia a cumprir mediante privação de liberdade, e em caso de ser pena direta, poderia aplicar-se a pena alternativa subsidiariamente prevista na sentença, sempre quando não se possa suspender.

⁶⁰⁴ BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 283, menciona que a entrevista cumpre três funções básicas. A primeira serve para explicar ao condenado as condições e obrigações da pena; a segunda permite conhecer as circunstâncias pessoais, sociais e familiares do condenado e também suas capacidades cujo objetivo seria decidir o lugar mais apropriado para a prestação, e por último, permite analisar a concorrência de circunstâncias que impossibilitem ou dificultem o cumprimento da pena.

⁶⁰⁵ Torres Rosell, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 405.

da sociedade seja feito posteriormente à resolução na que se estabelece sua imposição.⁶⁰⁶ A dicção do RD 690/1996, que *não* previa essa intervenção dos serviços sociais até que o réu houvesse consentido diante do juiz à aplicação dessa pena, derivou um sistema de *duplo consentimiento*, em que o réu manifestava inicialmente seu desejo diante do juiz e posteriormente diante dos serviços sociais sobre a atividade que deveria ser prestada, podendo, inclusive, gerar constrangimento ao condenado por essa visível falta de credibilidade da norma penal.⁶⁰⁷

Já o atual sistema de prestação do consentimento, oriundo da normativa surgida pela LO 15/2003, apresenta alguns problemas derivados da deficiente regulação dessa pena nos casos em que se aplica como *pena principal*. Nesse sentido, quando a pena é substituta de uma pena de prisão o juiz ao sentenciar impõe uma pena privativa de liberdade que é substituída quando se conta com o consentimento do condenado.⁶⁰⁸ Assim, pode-se, portanto, verificar a incapacidade ou falta de vontade do condenado em cumprir a pena substitutiva, tendo que ser a mesma revogada e executada em seu lugar a pena privativa de liberdade que fora substituída. No entanto, quando a pena de trabalhos em benefício da comunidade é principal, a valoração negativa dos profissionais que analisam o condenado passa a ser muito problemática. Em *primeiro lugar* porque não existe uma pena substitutiva capaz de substituir a própria pena de trabalhos em benefício da comunidade se esta deixa de ser executada, e em *segundo lugar*, pela deficiente regulação do regime de descumprimento desta pena.⁶⁰⁹ Dessa forma, a possibilidade que ao resolver a imposição de uma pena de trabalhos em benefício da comunidade, o juiz pudera contar com o informe favorável dos técnicos

⁶⁰⁶ TORRES ROSELL, op.cit., p. 405; BLAY GIL, *Trabajo em beneficio de la comunidad*, pp. 141 e ss.

⁶⁰⁷ Nesse sentido, POZA CISNEROS, em: POZA CISNEROS (coord.) *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, pp. 265 e 266; ARANGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 19 e 35; CHOCLÁN MONTALVO, AP 8 (1997); BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 288; TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, p. 129; PINA/NAVARRO, *Alternativas a la prisión*, p. 103; TORRES ROSELL, op. cit., p. 302; OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*, p. 185.

⁶⁰⁸ SERRANO PASCUAL, *Las formas substitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, p. 264, ressalta que na normativa de 1995 também resultava problemática, quando a pena substituída era diretamente acordada em sentença.

⁶⁰⁹ Que será mais bem analisada no § 5, V.

com relação à capacidade do condenado para assumir os deveres que possam derivar da aplicação dessa pena e a sua disposição para a execução, deveria repercutir positivamente na convicção do juiz.⁶¹⁰

As linhas precedentes colocaram de manifesto que a execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade é *complexa* tanto no Brasil como na Espanha pela necessidade de acatar o consentimento da pessoa condenada a sua imposição e a concreta tarefa a desempenhar. Se no Brasil verifica-se uma problemática no sentido de que o Poder judiciário não conversa com o condenado a respeito do local e da atividade que deverá ser executada por falta de previsão normativa, na Espanha, ainda que haja disposições normativas concretas, em especial no RD 515/1996 que compreende passo a passo toda a sistemática a ser adotada pelo juiz e pelos agentes sociais no momento da concessão da entrevista e do lugar, não deixa de ser problemática. Entre esses problemas, destaca-se a falta de previsão legal da qual seja conteúdo mínimo da sentença, a fixação judicial das condições da pena e a intervenção de inúmeros técnicos antes da resolução judicial sobre a aplicação da pena se contempla apenas como possibilidade. Finalmente, resultam problemáticas as dificuldades que comporta, no caso espanhol, uma segunda prestação do consentimento pelo condenado, esta vez pela atividade específica a ser desempenhada. No entanto, há de se dizer que a regulação soluciona alguns problemas como, por exemplo, a possibilidade de um prévio informe, porém, outros subsistem. Seja como for, o RD 515/1996 espanhol supera o princípio de reserva de Lei para competência de questões jurisdicionais, além de entrar a regular questões próprias de uma Lei de execução. Esses excessos deixam evidente a *falta* de uma Lei de execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade e a ausência de uma normativa processual sobre as tarefas do juiz da execução.⁶¹¹

⁶¹⁰ TORRES ROSELL, op.cit., p. 407.

⁶¹¹ BLAY GIL, op.cit., p. 147.

B. Aceitação do trabalho pelo juízo da execução

A pena de prestação de serviços à comunidade, regulada no Brasil, deve ser aplicada pelo magistrado que julgar o réu, ou seja, nos termos do artigo 59, IV do Código penal⁶¹² integra a sentença e busca compreender o princípio de individualização da pena. Em outras palavras, a definição da espécie de pena substituída a ser aplicada é de competência do juiz da condenação. No entanto, a *eleição* ou designação da entidade ou programa comunitário em que a atividade deverá ser prestada será atribuição do juiz da execução, que conhece, ou deve conhecer a situação das entidades adequadas e fiscalizará a execução da pena.⁶¹³

O próprio juiz que controla a execução possui ampla liberdade para modificar o local, o modo, o horário e o cumprimento da pena, com o objetivo de ajustá-la às condições pessoais e sociais do condenado e conciliá-la com suas atividades, de modo que não o prejudique. Não obstante, o juiz da execução não poderá alterar a modalidade de pena restritiva aplicada, ou seja, substituir a prestação de serviços à comunidade por limitação de fim de semana, por faltar-lhe competência para isso, pois esta situação representaria modificar a pena aplicada na decisão condenatória que transitou em julgado.

No contexto espanhol, uma vez realizada a entrevista, o artigo 5.2 RD 515/2005 dispõe que os serviços sociais penitenciários remeterão a proposta do posto de atividade concreto ao juiz de vigilância penitenciária⁶¹⁴, logo haver dado o

⁶¹² Art. 59 CP: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: IV. A substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

⁶¹³ Vid. JESUS, *Código Penal anotado*, p. 125; DELMANTO, *Código Penal comentado*, p. 73; MIRABETE, *Manual de direito penal*, pp. 270 e 271; GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, pp. 151 e ss; BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, pp. 138 e 139; GONÇALVES, *Penas alternativas*, p. 26; MARCÃO, *Curso de execução penal*, p. 224.

⁶¹⁴ Equivale-se ao juiz da execução no Brasil.

condenado seu consentimento. Nessa proposta, aparte do local de trabalho, deverá fixar também o horário em que deverá ser cumprida a obrigação, bem como outras circunstâncias que possam ser relevantes.⁶¹⁵

Depois dessa etapa, o juiz de vigilância penitenciária deverá analisar se esta se adapta aos requisitos exigidos pelo Código penal e pelo RD 515/2005 e aprová-lo. Caso o juiz de vigilância penitenciária rejeite a proposta do local de atividade realizada pelos serviços sociais penitenciários, deverá efetuar-se uma nova proposta, com o consentimento da pessoa condenada, até que o órgão jurisdicional considere que esta é adequada para o cumprimento da pena.⁶¹⁶

Uma vez aprovado a execução em um local determinado pelo juiz de vigilância penitenciária, e estabelecida todas as condições de cumprimento, se dará *começo* a sua efetiva execução. Formalmente, o juiz de vigilância aprova o plano de execução mediante auto, o qual remete, por uma parte, aos serviços sociais penitenciários, para que iniciem a prestação e, por outra, ao órgão sentenciador, para que se tenha conhecimento de dito começo.⁶¹⁷

C. A possibilidade de o condenado propor a atividade

A possibilidade que tem o condenado após a sentença de propor a *própria* atividade que deverá prestar para que seja cumprida a pena de trabalhos em benefício da comunidade não existe no ordenamento jurídico brasileiro por falta de previsão legal. No entanto, nas hipóteses em que não haja disponibilidades de vagas para que a pena seja executada, nada obsta que o condenado proponha os serviços nos quais ele possa realizar para que não tenha que cumprir uma pena privativa de liberdade. Contudo,

⁶¹⁵ MANZANARES SAMANIEGO/ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, AP (1996), p. 490; BOLDOVA PASAMAR, em: GRACIA MARTIN (ed.) *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 161; MAZA MARTÍN, CDJ (1996), p. 181; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 409.

⁶¹⁶ BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 293; OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*, pp. 187 e 188.

⁶¹⁷ Vid. OLARTE HURTADO, *op.cit.*, p. 188.

isso pode ocorrer uma vez que outra na prática, sem que se tenha segurança jurídica alguma, podendo, inclusive, o réu ser prejudicado pela inércia do Poder legislativo que não estabeleceu diversos critérios para a aplicação da pena. Ademais, a LEP é clara no seu artigo 149 onde determina que a competência *exclusiva* de propor a atividade e designar a entidade em que se cumprirá a pena é do juiz da execução.

No entanto, para que se tenha mais segurança jurídica e para que se atenda o princípio da prevenção especial positiva e que a sociedade de fato seja beneficiada pela atividade realizada pelo condenado, seria oportuno o legislador brasileiro indicar uma possibilidade na qual o condenado, em faltando vagas, proponha excepcionalmente uma atividade que possa ser desempenhada por ele. Na verdade, seria mais oportuno, a exemplo do que ocorre na Espanha, que o legislador dispusesse uma normativa específica direcionada para o cumprimento da pena de trabalhos em benefício da comunidade, de modo que, limitasse o poder discricionário do juiz da execução em respeito ao próprio princípio da legalidade e da segurança jurídica. Porém, ainda assim, pode haver inúmeras controvérsias a respeito dessa possibilidade, uma vez que o próprio poder público deixaria de realizar sua função de “império” em relação à execução da pena ao negociar a mesma com o condenado.

Ao menos nesse quesito, parece que o legislador espanhol abriu mão de certas condutas autoritárias, típicas, sobretudo no âmbito do Direito penal em que se utiliza a força do Estado para a manutenção da ordem jurídica e social, uma vez que no artigo 4º, do RD 515/2005 está previsto em seu apartado segundo a possibilidade de que o condenado proponha um trabalho a ser realizado por ele *“que será valorado, em informe prévio, pela Administração penitenciária, atendendo à extensão e âmbito dos convênios em vigor e ao número de vagas disponíveis. Nesse caso, a Administração penitenciária, depois de analisar a proposta oferecida pelo condenado, emitirá um informe ao juizado de vigilância penitenciária no que valorará a proposta e, em especial, se cumpre os requisitos estabelecidos no Código penal e nesse Real Decreto, a fim de que adote a decisão correspondente”*.

A proposta, portanto, a realizará o condenado, ou seus representantes legais, e deverá consistir em um trabalho específico, não necessariamente incluindo em algum dos convênios firmados pela Administração, que reúna as características voltadas a utilidade social, respeito à dignidade da pessoa condenada, ausência de fins lucrativos, respeito à regra de segurança e higiene no trabalho, e demais circunstâncias estabelecidas no artigo 49 do Código penal e no próprio RD 515/2005.⁶¹⁸

Esta proposta, conforme o artigo 5º RD 515/2005 pode ser formulada em *qualquer* momento que anteceda à avaliação por parte dos serviços sociais penitenciários da proposta de cumprimento ao juiz de vigilância penitenciária para sua anuência.

Segundo BLAY GIL, na prática *catalã* se pode verificar em diversas situações pessoas que habitualmente realizam tarefas de voluntariado em entidades de interesse geral, ante o juiz sentenciador no mesmo momento em que solicita a substituição ou de consentir à imposição da pena. Logo, os serviços sociais penitenciários devem valorar se a proposta preenche os requisitos estabelecidos no Código penal e no RD 515/2005, devendo emitir um informe sobre essas possibilidades extremas.⁶¹⁹

Dessa forma, parece evidente haver dois momentos de valoração administrativa sobre a proposta em que se tem em conta diferentes critérios: num primeiro momento em que se terá em conta “*a extensão e o âmbito dos convênios em vigor*”, bem como o número de vagas disponíveis, com o que parece que esses devam ser critérios determinantes, valorando-se negativamente as propostas nas hipóteses em que haja suficientes convênios e vagas disponíveis. E um segundo momento em que (depois de analisar a proposta), se elabora um informe sobre a adequação da vaga aos critérios normativos legais, que se eleva ao juiz de vigilância penitenciária para sua aprovação ou rejeição em função de se a vaga satisfaz ou não esses pressupostos. Em

⁶¹⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 21; BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 271.

⁶¹⁹ BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 135.

tese, o juiz de vigilância penitenciária deve analisar se se trata de um trabalho que se desenvolve com fins sociais, utilidade pública, com interesse social e valor educativo, para que se cumpra com o propósito previsto pelo legislador em que o trabalho seja em benefício da comunidade.⁶²⁰

Na prática se atribui especial interesse em comprovar que a atividade que se realiza como trabalho em benefício da comunidade vá ser distinto da colaboração que o condenado normalmente presta nessa entidade para preservar o conteúdo punitivo dessa atividade.⁶²¹

Essa possibilidade, inicialmente prevista de modo excepcional pelo RD 690/1996 sem que o Código penal a mencionasse, foi exacerbadamente criticada como forma de desacreditar a execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade.⁶²² Se argüiu assim mesmo que essa circunstância vulneraria a condição 3ª do artigo 49 do Código penal que estabelece que o trabalho seja facilitado pela Administração, sem contemplar exceções.⁶²³ Além disso, o procedimento que determina é complicado, começando com a proposta do réu seguida pelo informe da Administração e a decisão final do juiz de vigilância penitenciária. A introdução dessa disposição no RD 690/1996 se deu pela falta de convênios antes da entrada em vigor do Código penal. No entanto, essa explicação resulta insustentável com relação ao RD 515/2005, elaborado quase uma década depois da entrada em vigor do Código penal.

⁶²⁰ Nessa direção, CHOCLÁN MONTALVO, AP 8 (1997), p. 165; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, RDPJ 53 (1999), p. 146; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 417; BLAY GIL, op.cit., p. 136.

⁶²¹ BLAY GIL, op.cit. p. 136.

⁶²² JORGE BARREIRO, em: RODRIGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, p. 225; TORRES ROSELL, op.cit., p. 414.

⁶²³ MANZANARES SAMANIEGO/ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, AP (1996), p. 490; MAZA MARTÍN, CDJ (1996), p. 182; JORGE BARREIRO, op.cit., p. 225; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, op.cit., p. 26; TORRES ROSELL, op.cit., p. 414; BLAY GIL, op.cit., p. 136.

Por isso, para alguns autores, admitir a proposta do condenado representa um atentado às funções por parte do Estado em relação à execução da pena.⁶²⁴ Não obstante, essa possibilidade possui alguns aspectos interessantes. Em *primeiro lugar*, a diferença da normativa brasileira, funciona como garantia para evitar que a pena de trabalhos em benefício da comunidade deixe de ser aplicada nas hipóteses em que não existam vagas suficientes.⁶²⁵ Em *segundo lugar*, a partir de um ponto de vista preventivo especial, a possibilidade de o condenado propor a atividade a ser prestada é a melhor forma de implicar-lhe na execução da pena. Os efeitos preventivos gerais da sanção não ficam olvidados, tampouco a execução da pena se deixa em mãos do condenado, desde que sua proposta faça preencher todos os requisitos exigidos pelo Código penal e pelo RD 515/2005, extremo que verificará a Administração em seu informe e que deverá analisar em última instância o juiz de vigilância penitenciária.⁶²⁶

D.Valoração

O ordenamento brasileiro não prevê nenhuma possibilidade do Poder judiciário entrevistar o condenado a uma pena de prestação de serviços à comunidade sobre a atividade que ele realizará no momento da execução penal. O fato de o juiz da execução possuir ampla *liberalidade* para escolher a real tarefa a ser executada, sem dialogar com o condenado, como é possível observar na normativa espanhola, acarreta alguns problemas, pois nem sempre será possível ajustar a execução às condições pessoais e às aptidões do condenado e conciliar suas atividades, de modo que não prejudique sua vida laboral, cultural, social e familiar.

No mesmo sentido, os problemas resultantes da problemática regulação espanhola, ainda que mais completa e preocupada com a situação do condenado se comparada

⁶²⁴ MANZANARES SAMANIEGO/ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, AP (1996), p. 486; POZA CISNEROS, em: POZA CISNEROS (coord.) *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, p. 267; TÉLLEZ AGUILERA, *Penas y medidas alternativas a la prisión*, p. 143.

⁶²⁵ BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 272.

⁶²⁶ BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 273; BLAY GIL., op.cit., p. 137.

com a normativa brasileira, parte da necessidade de que o indivíduo apenado conceda um *primeiro* consentimento diante do órgão judicial sem conhecer todas as condições de execução da pena. Assim, em algumas situações se pode encontrar a própria nulidade do consentimento proferido ao órgão judicial, uma vez que para que este seja válido é fundamental que seja consciente e informado. Além disso, é um importante requisito básico vinculado estreitamente à dignidade da pessoa condenada informá-la exaustivamente e preliminarmente de todas as obrigações que supõem dar este consentimento, especialmente nessa questão tão delicada que abarca a execução penal.

Em contrapartida, tampouco se pode considerar apropriado o fato de a primeira entrevista na qual se verificará a situação pessoal e social do condenado se faça logo após a imposição da pena dada pelo juiz, já que, entre outras coisas, pode haver situações de incompatibilidades com o cumprimento da sanção e que deveriam ser *detectadas* anteriormente. No entanto, para se evitar esse possível constrangimento, se propõe modificar esse procedimento e que exclusivamente o condenado deva dar seu consentimento ao órgão judicial de uma única só vez, mas conhecendo todas as circunstâncias atinentes à execução da pena. Para isso, seria imprescindível que a entrevista feita pelo órgão judicial fosse anterior à concreta imposição da pena. Nessa conversa se lhe deveria informar ao condenado os Direitos e obrigações que conleva uma sanção desta natureza, bem como o possível plano de execução.

III. Duração da pena

A. Regulação

A duração da pena de trabalhos em benefício da comunidade é, em ambos os países, uma das questões mais complexas e problemáticas da regulação e aplicação desta consequência jurídica ao delito; por isso se considera conveniente, antes mesmo de abordá-las, expor o conteúdo dos distintos dispositivos tanto no ordenamento jurídico penal espanhol como no brasileiro que estabelecem o regime jurídico dos limites,

duração, jornada, horários e prazos de execução. Primeiramente se disponibilizará a regulação atinente à normativa espanhola e logo se disponibilizará a regulação brasileira para em seguida passar a desenvolver os distintos aspectos relacionados a estas disposições.

A legislação espanhola em relação à duração da pena de trabalhos em benefício da comunidade é bastante abrangente, podendo essa abrangência ser percebida em diversos artigos:

- a) O artigo 33 do Código penal classifica como *pena leve* o trabalho em benefício da comunidade entre um e 30 dias, e como pena *menos grave* quando oscila entre os 31 e os 180 dias.⁶²⁷
- b) O artigo 40.4 do Código penal fixa entre *um dia e um ano* a duração dos trabalhos em benefício da comunidade, estabelecendo em seu número 5 que a duração das penas determinadas no próprio artigo será ali prevista “*salvo o que excepcionalmente disponham outros preceitos desse Código*”.
- c) O artigo 53.1 do Código penal faz equivaler cada dia de privação de liberdade a uma jornada de trabalho para as situações em que a responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa se cumpra mediante trabalhos em benefício da comunidade.
- d) O artigo 88.1 do Código penal determina que nos casos de substituição de penas de prisão por trabalhos em benefício da comunidade, cada dia de prisão será substituído por uma jornada de trabalho, e que podem substituir-se penas de prisão de até um ano de duração por multa ou trabalhos em benefício da comunidade e excepcionalmente até dois por multa ou multa e trabalhos em benefício da comunidade.

⁶²⁷ Normativa alterada pela LO 15/2003 que anteriormente previa no artigo 33.4.e) do CP a classificação como pena leve dos trabalhos em benefício da comunidade de 16 a 96 horas e o artigo 33.3.j) CP como pena menos grave o trabalho em benefício da comunidade de 96 a 384 horas.

- e) O artigo 49 do Código penal dispõe que a duração diária dos trabalhos em benefício da comunidade não poderá exceder a *oito horas*.
- f) O artigo 6.1 RD 515/2005 também menciona que cada jornada de trabalho terá uma duração máxima de oito horas, e estabelece que para determinar sua duração concreta, bem como o prazo de cumprimento da pena, “*se levarão em conta as cargas pessoais ou familiares do condenado, assim como, em seu caso, as circunstâncias laborais*”.
- g) O artigo 6.2 RD 515/2005 autoriza ao juiz de vigilância penitenciária, quando concorra uma causa justificada, permitir o cumprimento da jornada de forma fragmentada, no mesmo ou em dias distintos.

Já o Código penal brasileiro dispõe em seu artigo 46, § 3º, que a carga horária de trabalho consiste em *uma hora* por dia de condenação, fixada de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. O artigo 149, § 1º, da LEP, estabelece que “*o trabalho terá duração de oito horas semanais e será realizado aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo juiz*”.

Com relação à duração, a atual dicção do artigo 55 do Código penal, determinada pela Lei 9.714/98, prevê que “*as penas restritivas de direitos referidas nos incisos IV, V e VI do artigo 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º, do artigo 46*”. Dessa forma, inseriu-se uma ressalva até então não existente. Assim, se a pena substituída for *superior* a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em tempo inferior ao da pena privativa substituída, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. A faculdade, portanto, é do *condenado* e não do juiz sentenciante.

A continuação analisar-se-á o desenvolvimento dos distintos aspectos relacionados com estas disposições nos dois ordenamentos penais, começando pelo mais genérico, relativo aos limites máximos e mínimos estabelecidos pelo artigo 33 do Código penal espanhol para depois analisar outros aspectos vinculados com a duração da jornada.

B. Limitações do artigo 33 do Código penal espanhol

O artigo 33 do Código penal, ao mencionar a classificação das penas segundo sua gravidade, estabelece que seja considerada pena menos grave os trabalhos em benefício da comunidade de 31 a 180 dias (artigo 33.3.k), enquanto que será pena leve a que tenha duração entre um e 30 dias (artigo 33.4.h).

Esse dispositivo classifica as penas conforme sua gravidade quando estas atuam como penas principais, tal como sucede com a pena de trabalhos em benefício da comunidade em diversos tipos da parte especial do Código penal.⁶²⁸ Mas, concomitantemente, tal como se analisará a continuação, seus limites máximos e mínimos são utilizáveis também quando atue como pena substituta da prisão, tanto com base no artigo 88 do Código penal, como à responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa, regulada pelo artigo 53 do Código penal.

Com relação a este limite máximo de 180 dias, não resta outra coisa a não ser tecer uma valoração crítica, devido a sua extensa duração. Por um lado, há que dizer que se considera positivo fixar um *limite máximo* de duração da pena⁶²⁹, em especial, como se pode perceber atualmente, quando esta sanção atue como substitutiva da pena de prisão de larga duração. Por outro lado, este resulta excessivo e desproporcional em relação com os injustos penais que sanciona, em sua maioria, de

⁶²⁸ Tais como sucede nos artigos 153 depois da LO 11/2003; e nos artigos 244.1; 379; 468; 618.2; 620.2; 626 e 632 depois da reforma feita pela LO 15/2003.

⁶²⁹ DE SOLA DUEÑAS/GARCÍA ARÁN/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Alternativas a la prisión*, p. 240; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 180, OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*, p. 157; BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 116.

natureza leve. De fato, com a atual normativa são possíveis penas de trabalhos em benefício da comunidade de até 1440 horas (180 x 8 horas), se aplicada a duração máxima da jornada, configurando uma duração totalmente desordenada.⁶³⁰ Ademais, com esta possibilidade o legislador não atendeu parte da doutrina⁶³¹ que reclamava modificações que, inclusive consideravam excessivo o anterior limite de 384 horas, como as experiências que na aplicação dessa sanção podem recorrer-se ao Direito comparado⁶³², em que o limite máximo para a punição de condutas qualificadas de média ou baixa gravidade costuma ser de 240 horas.⁶³³

Da mesma forma, uma duração tão *extensa* como a regulada pela LO 15/2003 pode comprometer os efeitos ressocializadores que costumam destacar dessa pena, e especialmente o fato de que não supõe uma estigmatização da pessoa condenada. O cumprimento de uma pena de trabalhos em benefício da comunidade desse porte acarreta uma carga excessiva para a pessoa e torna muito difícil a compatibilização das obrigações laborais, sociais e familiares, contribuindo para o aumento das taxas de descumprimento.⁶³⁴

⁶³⁰ Para BLAY GIL, op.cit., p. 119, uma pena de trabalhos em benefício da comunidade de 1440 horas de duração seria dificilmente compatível com a jornada laboral ordinária do condenado, principalmente na hipótese de ter que cumprir a pena em um ano; por outro lado, representaria uma carga desproporcionada para quem não tenha outro tipo de retribuição.

⁶³¹ Cid MOLINÉ, em: Cid MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.) *Penas alternativas a la prisión*, p. 114; SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, p. 354; DE SOLA DUEÑAS/GARCÍA ARÁN/HORMAZÁBAL MALARÉE, op.cit., p. 240; BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 185; OLARTE HURTADO, op.cit., p. 157; BLAY GIL, op.cit., p. 117.

⁶³² Este limite máximo se recorreu no ordenamento inglês, francês, belga e holandês. Vid. OLARTE HURTADO, op.cit., p. 157.

⁶³³ Vid. CID MOLINÉ, op.cit., p. 114; BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 183.

⁶³⁴ BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 182.

**C. Problemas na aplicação dos trabalhos em benefício da comunidade como
pena substituta no ordenamento espanhol**

A pena de trabalhos em benefício da comunidade, na aplicação do artigo 88 do Código penal, poderá substituir a pena de prisão que não exceda a um ano, e, excepcionalmente que não exceda a dois anos. Mesmo assim, quando o réu tenha sido condenado por um delito relacionado com a *violência de gênero* a pena de prisão apenas poderá ser substituída por trabalhos em benefício da comunidade, excluindo-se nesse suposto a possibilidade de substituição por multa.⁶³⁵

Nesses casos, mencionado dispositivo prevê que cada dia de prisão será substituído por uma jornada de trabalho, não se estabelecendo limite algum. Por essa razão, é preciso determinar se o limite máximo geral fixado pelo artigo 33 do Código penal é aplicável quando a pena de trabalhos em benefício da comunidade seja imposta como sanção principal ou como sanção substituta da prisão.

O artigo 88 do Código penal só previa a pena de trabalhos em benefício da comunidade como substitutiva dos arrestos de fins de semana, e, apesar de que tampouco dispunha se o limite do artigo 33 do Código penal era aplicável, passou a ser aceito pela doutrina como tal.⁶³⁶ Um dos argumentos impostos para defender a necessidade de aplicar esse limite máximo foi o embasamento de que, na falta do mesmo, se poderia impor penas de trabalhos em benefício da comunidade que por sua duração excessiva aumentavam de modo desproporcionado a severidade da sanção.

Em contrapartida, o artigo 33 do Código penal, depois da entrada em vigor da LO 15/2003, ao determinar o limite máximo de duração da pena em 180 dias não diferencia se esta foi imposta como pena direta ou como substitutiva, não havendo

⁶³⁵ Ver item § 4. III.

⁶³⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 28; BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., pp. 180 e ss; CID MOLINÉ, op.cit., p. 111; OLARTE HURTADO, op.cit., p. 159.

nenhum dispositivo que oriente e fundamente esta diferenciação. Ademais, as justificativas político-criminais que aconselhem limitar a duração da sanção, e que este limite não seja consideravelmente excessivo, são aplicáveis tanto quando se trata de uma pena principal como uma pena substitutiva.⁶³⁷

Também se pode interpretar que a finalidade do legislador espanhol foi pautada no sentido de que o limite máximo do artigo 33 do Código penal seja também preceptivo quando a pena de trabalhos em benefício da comunidade se aplique em substituição da pena de prisão, já que se não houvesse excluído expressamente esse limite na regulação da pena, tal como fazia o anterior Código penal de 1995 com a pena de multa quando essa era aplicada em substituição a prisão.⁶³⁸

No entanto, admitir o limite de 180 dias imposto pelo artigo 33 do Código penal, quando a pena de trabalhos em benefício da comunidade se aplica em substituição de uma pena de prisão de até dois anos, pode acarretar decisivamente no desrespeito aos princípios de igualdade e proporcionalidade. Ou seja, conforme os critérios de conversão estabelecidos pelo artigo 88 do Código penal, um dia de prisão equivalerá a uma jornada de trabalho. Portanto, uma pena de prisão de seis meses deve ser substituída por uma pena de trabalhos em benefício da comunidade de 180 dias, e uma pena de prisão até dois anos deverá ser também por uma pena de trabalhos em benefício da comunidade de como máximo 180 dias, limite absoluto previsto no artigo 33 do Código penal. Fica claro, não obstante, o *desrespeito* aos princípios mencionados, porém tampouco se pode deduzir que o artigo 33 não será aplicável nesses casos, uma vez que se pode chegar a uma duração da pena de impossível cumprimento, como por exemplo, de até dois anos de duração e com evidentes efeitos dessocializadores.

⁶³⁷ OLARTE HURTADO, op.cit., p. 159.

⁶³⁸ O próprio artigo 50.3 do CP de 1995 dispunha que “... e máxima de dois anos. Este limite máximo não será de aplicação quando a multa se imponha como substitutiva de outra pena; nesse caso sua duração será a que resulte da aplicação das regras previstas no artigo 88.” Essa exclusão expressa do limite máximo na pena de multa foi também suprimida pela LO 15/2003, com o que se pode interpretar que também no caso da multa o limite máximo será de dois anos, inclusive quando seja pena substitutiva de prisão de até dois anos, na aplicação atual do artigo 88.

Diante desse panorama, e com o objetivo de se respeitar a proporcionalidade que deve existir entre a pena substituída e a pena a substituir, se propõe utilizar a duração da jornada como método de graduação da sanção. Anteriormente, quando o artigo 5.1 RD 690/1996 previa um intervalo na duração da jornada de entre 4 e 8 horas, havia-se planejado adequar a duração da jornada em função da duração da pena substituída.⁶³⁹ Essa possibilidade apresenta-se mais factível agora que o artigo 6º RD 515/2005 não determina uma duração mínima, permitindo ao órgão sentenciador uma ampla margem de discricionariedade. Dessa forma, uma pena de prisão de 6 meses poderia ser substituída por uma sanção de trabalhos em benefício da comunidade de 180 dias, sendo a duração de cada jornada de uma ou duas horas, enquanto que se a pena a ser substituída supera esses seis meses, deverá impor um maior número de horas a serem trabalhadas em cada jornada, para que o princípio de proporcionalidade seja devidamente respeitado, mas sem que se supere o limite máximo de 180 dias, para que não haja excesso.

D. Duração da jornada de trabalho

1. Determinação da jornada de trabalho

Nesse apartado, analisar-se-á a sistemática sobre a determinação da jornada de trabalho nos ordenamentos jurídicos penais de Espanha e Brasil sobre os distintos critérios de aplicação. Verificar-se-á que a normativa aplicável nos dois países está muito distante nesse aspecto. Pretende-se aqui, primeiramente, analisar a regulação aplicada na Espanha para em seguida tratar da normativa brasileira e logo buscar comparar os dois sistemas no que tange a aplicação da duração da jornada de trabalho atinente à pena de trabalhos em benefício da comunidade.

O artigo 49 do Código penal espanhol fixa em *oito horas* a duração máxima da jornada de trabalho dos condenados a esta pena, máximo reiterado pelo artigo 6.1 RD

⁶³⁹ BLAY GIL, RJD, 51 (2004), p. 141; EADEM, *Trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 122; OLARTE HURTADO, op.cit., pp. 160 e 161.

515/2005, que, além disso, estabelece que “*para determinar a duração da jornada e o prazo em que deverá cumprir-se, se levarão em conta as cargas pessoais ou familiares do condenado, assim como, em seu caso, suas circunstâncias laborais*”.

Diferentemente do que ocorria no anterior RD 690/1996, que dispunha que a duração da jornada laboral devia oscilar entre as quatro e as oito horas, não se determina já um critério normativo mínimo a essa duração. Isso pode ser considerado como um *fator positivo* porque pode facilitar uma maior adaptação do plano de execução da pena as cargas laborais e familiares do condenado. Diante da omissão da Lei, e a importância do princípio de flexibilização na execução dessa pena, se sugeriu uma duração mínima da jornada laboral em uma hora.⁶⁴⁰

O limite máximo de oito horas pode estar justificado, segundo parte da doutrina, a partir da normativa que regula a jornada laboral do trabalhador no âmbito das relações de trabalho entre empregador e empregado.⁶⁴¹ Por outro lado, o próprio artigo 49 do Código penal impossibilita a imposição de trabalhos em benefício da comunidade que atentem à dignidade humana do condenado, que além de determinadas atividades prestadas, também se veria violentada de ver-se obrigado a ter que cumprir uma carga laboral extremamente excessiva.⁶⁴²

O problema que trás a tona o RD 515/2005 nesse extremo é que estabelece uma dinâmica segundo a qual corresponde aos serviços sociais penitenciários a determinação do concreto horário das jornadas de trabalho em função das prerrogativas legais que envolvem as cargas pessoais, laborais e familiares do condenado. Essa previsão por parte do legislador pode ser considerada acertada, uma vez que os serviços sociais penitenciários são os que conhecerão a extensão dessas prerrogativas tão logo termine a entrevista com o condenado, bem como as

⁶⁴⁰ TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas alternativas a la prisión*, p. 135.

⁶⁴¹ MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 178; POZUELO PÉREZ, Icade (1997), p. 336; BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 123.

⁶⁴² Nesse sentido, CHOCLÁN MONTALVO, AP 8 (1997), p. 166.

características das vagas disponíveis, pelo que em princípio, encontra-se em boas condições para fixar a duração das jornadas e sua distribuição no tempo para o cumprimento da pena.

No entanto, com esta previsão normativa, se está outorgando de certa forma, total decisão nas mãos da Administração a determinação da pena a ser aplicada: o juiz determinará o número de jornadas a ser aplicada, mas será a Administração a que determine o horário específico das mesmas, conforme os critérios expostos.⁶⁴³ Isso representaria um problema grave desde o ponto de vista da distribuição constitucional de competências entre os juízes e a Administração e a determinação judicial das penas. Dessa forma, o RD 515/2005 está contradizendo o princípio de determinação judicial das penas, em que nesse extremo deve-se considerar nulo.⁶⁴⁴

Talvez para solucionar essa problemática, seria oportuno, de *lege ferenda*, que o juiz determinasse o conteúdo da pena especificando um número de horas de trabalho, e que transfira esse conteúdo aos serviços sociais penitenciários para que estes o distribuam em tempo conforme os critérios de flexibilidade e adaptação às circunstâncias do condenado.⁶⁴⁵

A prestação de serviços à comunidade na normativa brasileira deve ser cumprida, atualmente “à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação”, compreendendo conforme a Exposição de Motivos da Lei 9.714/98 um melhor controle da execução por parte do juiz. Essa nova regulação prevista pela Lei *supra* citada, vem substituir a norma anterior que previa que a pena de prestação de serviços à comunidade deveria

⁶⁴³ MAGRO SERVET, La ley penal 18 (2005), p. 12.

⁶⁴⁴ BLAY GIL, op.cit., p. 124.

⁶⁴⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000); BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 241; OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*, p. 164; BLAY GIL, op.cit., p. 124.

ser executada em *oito horas* semanais.⁶⁴⁶ O motivo de tal revogação dessa normativa deu-se no sentido de que o cumprimento da pena à razão de oito horas semanais acarretava problemas de ordem fiscalizatória, ou seja, proporcionavam dificuldades no exercício do controle por parte do Poder judiciário.⁶⁴⁷

Conforme o § 3º do artigo 46 do Código penal, as tarefas são atribuídas pelo juiz de acordo com as aptidões do condenado, devendo ser cumprida à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação fixadas de forma a não prejudicar a jornada normal de trabalho. Ademais, o § 4º do artigo 46 do Código penal, dispõe que, se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumpri-la em período menor, nunca inferior a metade da pena originariamente fixada na sentença. Em suma, o condenado pode cumprir a pena mais rapidamente, desde que faça um maior número de horas de trabalho por dia.⁶⁴⁸

Hoje, embora a Lei não mencione expressamente, nas penas de até um ano, o condenado deverá cumprir sete horas semanais, pelo período de duração da pena substituída (art. 46, § 4º) e o número de horas corresponderá exatamente ao número de dias de condenação.⁶⁴⁹

A título exemplificativo, se alguém fosse condenado à prestação de serviços à comunidade pelo período de oito meses, no regime anterior deveria cumprir de 32 a 35 semanas, ou de 256 a 280 horas de tarefas. Os mesmos oito meses, pelo regime atual, equivalem a 240 horas de tarefa. Uma diminuição *sensível* e que se tornará

⁶⁴⁶ Artigo 46. Parágrafo único da redação anterior: “As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas, durante oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.”

⁶⁴⁷ BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p. 140.

⁶⁴⁸ BITENCOURT, op.cit., p. 140; GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, pp. 151 e ss; JESUS, *Penas alternativas*, p. 161; DEL CAMPO, *Penas restritivas de direitos*, p. 68; CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*, p. 106; MARCÃO, *Curso de execução penal*, p. 224; GONÇALVES, *Penas alternativas*, p. 26; MARTINS, *Penas alternativas*, p. 96; NEVES, *Penas restritivas de direitos*, p. 171; NUCCI, *Individualização da pena*, pp. 321 e ss.

⁶⁴⁹ AC/RS – 2006-856133, Rel.Des. Miguel Fank, p. 02.

tanto maior quanto maior for a pena privativa de liberdade aplicada e substituída.⁶⁵⁰ Ademais, pela previsão da reforma penal de 1984 e que se mantém até hoje, o horário deverá atender as disponibilidades do condenado, não podendo, jamais, prejudicar suas tarefas cotidianas;⁶⁵¹ por isso, essa normativa (Lei 7.209/84 LEP) foi responsável ao estabelecer no parágrafo único do artigo 46 do Código penal que a pena será executada “*aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.*” O cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade começa com a primeira aparição ao local determinado pelo juiz da execução, podendo a carga horária semanal ser distribuída livremente para possibilitar o cumprimento dessa pena em menor tempo conforme a previsão do artigo 46, § 4º do Código penal.

Pôde-se notar que os ordenamentos adotaram orientações *distintas* na fase de execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade. Na Espanha, por exemplo, a pena é executada no horário normal das atividades do condenado e no Brasil, em virtude do critério que pauta os interesses afetivos do condenado, a execução será realizada no horário que *não coincida* com seu trabalho diário. Dessa forma, definir que o trabalho em benefício da comunidade seja executado durante a jornada normal de trabalho não contribuirá com o processo de reintegração do sujeito condenado, pois isso interferirá de modo negativo na sua estrutura familiar e profissional, dificultando na grande maioria dos casos, sua sobrevivência e o sustento de sua família. Esta coincidência de horário, segundo BITENCOURT, gera uma moléstia absolutamente desnecessária, que terá efetivamente reflexos negativos na pretendida reabilitação do condenado.⁶⁵² Por outro lado, determinar a jornada diária em uma hora de prestações pode contribuir efetivamente com a perda do elemento da retribuição da pena, já que esse lapso temporal cotidiano poderia causar pouca *angustia* ao condenado.

⁶⁵⁰ DEL CAMPO, op.cit., p. 69.

⁶⁵¹ GOMES, op.cit., p. 153; BITENCOURT, op.cit., p. 137; CRUZ, op.cit., p. 104; SZNICK, op.cit., pp. 131 e ss; FERREIRA, *Aplicação da pena*, p. 184; GONÇALVES, op.cit., p. 26.

⁶⁵² BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p.139.

Em suma, parece que o ideal seria *de lege ferenda* diminuir a jornada de cumprimento da pena de trabalhos em benefício da comunidade na Espanha, haja vista que o tempo determinado pelo legislador em oito horas acarreta visivelmente desproporcional sofrimento se o condenado tem ainda uma profissão da qual em tese, deve trabalhar mais oito horas, não tendo, portanto, tempo suficiente para descansar e estar com sua família, causando reflexos negativos na recuperação do sujeito. Por outra perspectiva, parece que a normativa brasileira estipulada em uma hora diária de prestações atende aos pressupostos mínimos para que o condenado não seja afetado nas suas relações sociais, familiares e sociais. Contudo, uma hora diária ou até mesmo a possibilidade do condenado cumprir às oito horas semanais em menos dias de comparecimento no local de trabalho, acarreta o enfraquecimento dos ideais retribucionistas (já que pouco se faz em uma hora), bem como ressocializadores, uma vez que em pouco tempo de prestações diárias pouco *vinculo* afetivo se mantém com a instituição e dessa forma, menores as chances de recuperação e satisfação no desempenho das atividades.

2. O princípio de flexibilização na execução da pena

Tanto a legislação espanhola como a brasileira dispuseram previsão relacionada ao princípio da *flexibilização* na execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade, proporcionando ao condenado o cumprimento da sanção em menor tempo, como no caso brasileiro, ou permitindo que a execução seja partida, como no caso espanhol.

O artigo 6.2 RD 515/2005 prevê que a execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade deve ser regida por um princípio de flexibilidade, que deve “*fazer compatível, na medida do possível, o normal desenvolvimento das atividades diárias do condenado com o cumprimento da pena imposta*”; a efeitos de possibilitar essa compatibilidade, continua o dispositivo prevendo que o juiz de vigilância

penitenciária poderá permitir, quando concorra uma causa justificada, o cumprimento da pena de forma partida, no mesmo ou em diferentes dias.

Essa exigência reflete-se no sentido preventivo especial da pena⁶⁵³, pelo que não há razões para compartilhar a opinião de quem considera que essa flexibilização está ligada a uma excessiva liberalidade conferida aos tribunais e que, pelo procedimento estabelecido, pode chegar a desnaturalizar o propósito desta sanção.⁶⁵⁴

Além disso, o necessário respeito na execução da pena às cargas e obrigações laborais, familiares e sociais do condenado é fruto do próprio conteúdo punitivo da pena, já que com os trabalhos em benefício da comunidade se priva o tempo de ócio, mas não aquele tempo dedicado ao trabalho remunerado, a educação ou as atividades familiares, pelo que deverá cumprir-se essas responsabilidades em horas não ocupadas.⁶⁵⁵

Essa disposição prevista no RD 515/2005 cobra todo seu sentido quando, durante a execução da pena as circunstâncias do condenado, modificam, fazendo necessária uma alteração na distribuição temporal da pena que pode comportar a necessidade de partir o cumprimento das jornadas impostas. Ainda cabe mencionar por outro lado, que o dispositivo regulamentar tem aqui como interlocutor o juiz de vigilância penitenciária, o que representa uma vulneração do princípio da *reserva legal* para as normas de competência e procedimento judicial conforme o previsto no artigo 117 da Constituição espanhola; volta a colocar-se em relevo nesse caso a necessidade de regulação legal da matéria.⁶⁵⁶

⁶⁵³ MANZANARES SAMANIEGO/ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, AP (1996), pp. 494 e 495; CHOCLÁN MONTALVO, AP 8 (1997), p. 166; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 26; POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos*, p. 86; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 243; BLAY GIL, op.cit., p. 124; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 321; OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*, p. 165.

⁶⁵⁴ JORGE BARREIRO, em: RODRIGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, p. 223.

⁶⁵⁵ BLAY GIL, op.cit., p. 124.

⁶⁵⁶ BLAY GIL, op.cit., p. 125.

No Brasil, havendo relativamente correspondência entre o tempo de pena privativa de liberdade aplicada e o tempo de pena substituída, surge desta forma, uma espécie de exceção, para que se possa permitir a possibilidade de cumprimento antecipado da pena de prestação de serviços à comunidade. Tal consequência jurídica, desde que *superior* a um ano, não excedendo a quatro, pode ser cumprida em menor tempo do que aquele correspondente à pena substituída. Porém, jamais poderá ser reduzido para menos da metade da pena originariamente substituída. Por isso, é que se permite na atualidade a possibilidade de cumprimento de uma carga horária *superior* a oito horas semanais, ao contrário do que determinava a normativa anterior⁶⁵⁷, por dois motivos simples: o *primeiro* devido à inexistência de previsão de que dita pena deveria ser cumprida em oito horas semanais; o *segundo* justifica-se para possibilitar que a mesma possa ser executada em menor tempo conforme o disposto no § 4º do artigo 46.

No entanto, esta faculdade de cumprimento em menor tempo daquele fixado em sentença, que como regra geral, configura um avanço, por um lado, ao mesmo tempo faz surgir uma injusta limitação, pois apenas a prestação de serviços à comunidade superior a um ano pode ser cumprida em menor tempo. Logo, a mesma espécie de pena entre seis meses e um ano, conforme a normativa, terá de ser cumprida *integralmente*.

Imagina-se, por exemplo, duas pessoas condenadas, que praticaram o crime em co-autoria, sendo que uma recebe a pena de um ano e o outro, um ano e um dia, tendo ambos suas penas convertidas à pena de prestação de serviços à comunidade. A primeira terá que cumprir a pena em tempo integral, ou seja, um ano, enquanto a segunda poderá cumprir pela metade, configurando a mais flagrante *injustiça*. Por isso, a sugestão de alguns doutrinadores⁶⁵⁸ é de estender a toda pena de prestação de

⁶⁵⁷ JESUS, *Código penal anotado*, p. 127; DELMANTO, *Código penal comentado*, p. 72; MIRABETE, *Manual de direito penal*, p. 270; BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p. 144; GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, pp. 153 e ss; CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*, p. 108.

⁶⁵⁸ JESUS, *op.cit.*, p. 127; BITENCOURT, *op.cit.*, p. 145.

serviços à comunidade, independentemente de sua duração, o Direito do condenado cumpri-la em menor tempo.

Não deixa de ser curioso também que o cumprimento da pena em menor tempo limita-se à prestação de serviços à comunidade, excluindo-se dessa possibilidade as demais penas temporais (interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana), sendo verdade que quanto à interdição temporária de direitos, por sua própria natureza, não permitirá a ampliação ou diminuição, por ser impossível quantificar a quantidade de horas de interdição.

No entanto, o mesmo ocorre com a pena de limitação de fim de semana, que, tal como a prestação de serviços à comunidade, poderia ser cumprida em menor tempo, sem nenhuma dificuldade que a mesma pudesse ser cumprida também durante a semana, feriados, etc., sem prejudicar a jornada normal do condenado.⁶⁵⁹

Na realidade, trata-se de mais uma *incoerência* político criminal do ordenamento penal brasileiro, que deixou intacta essa modalidade de pena. Desse modo, assim como prevê a normativa, será mais benéfico para o infrator receber a pena de prestação de serviços à comunidade, podendo, sobretudo, exigir que se lhe aplique esta e não aquela sanção, que será obrigatoriamente mais larga.⁶⁶⁰

3. A atribuição do limite de aplicação à pena superior a seis meses no Brasil

A pena de prestação de serviços à comunidade no Brasil, depois da vigência da Lei 9.714/98, apenas poderá ser aplicada alternativamente à condenação superior a seis meses de prisão, bem como estabelece o artigo 46 caput do Código penal. BITENCOURT⁶⁶¹ por exemplo, entende ser irracional esta atribuição do limite de

⁶⁵⁹ Assim, BITENCOURT, op.cit., p. 145.

⁶⁶⁰ BITENCOURT, op.cit., p. 145.

⁶⁶¹ BITENCOURT, op.cit., p. 143.

aplicação superior aos seis meses, pois, pelo texto revogado, não havia limite inferior para a aplicação de nenhuma pena alternativa, mas só limite máximo. Apenas nos crimes cometidos na modalidade culposa, que admitiam a substituição, mesmo para condenações iguais ou superiores a um ano, se exigia que fosse feita por duas penas alternativas (antigo parágrafo único do artigo 44 do Código penal). Em cambio, CRUZ⁶⁶² sustenta que esta justificação prevalece porque a pena privativa de liberdade sendo igual ou inferior a seis meses admite a substituição por pena de multa conforme estabelece o artigo 60, § 2º do Código penal. Também a prisão igual ou inferior a *seis meses* pode ser substituída por interdição temporária de direitos, por perda de bens e valores, ou inclusive por prestação pecuniária.

Ainda que seja coerente e relevante o argumento mencionado *supra*, se pode argüir que essa limitação constitui um *equivoco* político criminal injustificável, pois impossibilita o magistrado de melhor adequar a pena justa ao caso concreto. Para um ordenamento jurídico que tem a pretensão de ampliar o leque de opções de conseqüências jurídicas cuja finalidade é a redução da aplicação da pena privativa de liberdade, não deixa de ser contraditória esta limitação gerada pelo legislador em se tratando de pena de prestação de serviços à comunidade em somente ser aplicada às condenações superior aos seis meses.

Essa incoerência político criminal ganha mais relevância quando se constata que esta limitação exclui das pequenas infrações (aquelas de menor gravidade) tão só a aplicação da mais extraordinária pena alternativa, a que teve e tem maior repercussão e aceitação em todo mundo. Talvez, esta justificativa poderia ser encontrada se a exclusão da aplicação em penas de até seis meses de prisão, por exemplo, abrangesse todas as sanções restritivas, ou seja, temporais, como a limitação de fim de semana, interdição temporária de direitos e, conseqüentemente, a própria prestação de serviços à comunidade.⁶⁶³

⁶⁶² CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*, p. 105. No mesmo sentido, DEL CAMPO, *Penas restritivas de direitos*, pp. 66 e 67.

⁶⁶³ Cf. BITENCOURT, *op.cit.*, pp. 143 e 144.

Previsão nesses termos, com esta dimensão, significaria proibir a aplicação de penas temporais para sanções de até seis meses, restando-lhes, apenas, as chamadas pecuniárias, como por exemplo, a prestação pecuniária, perda de bens e valores e multa. Adotar-se-ia em outras circunstâncias, orientações parecidas à adotada pelo Código penal alemão, que, excepcionalmente, permite pena de prisão para condenações de até seis meses. Não obstante, não é o que ocorre com a normativa brasileira: condenações de até esse período em prisão, não podem ser substituídas por prestações de serviços à comunidade, mas, não se sabe por quais motivos podem ser substituídas por limitação de fim de semana e interdição temporária de direitos.⁶⁶⁴

IV. Controles judiciais e administrativos de execução

Os critérios e ferramentas utilizados para o controle da execução de uma sanção são aspectos relevantes na configuração legal de uma consequência jurídica porque, deles dependem, em certa medida, o êxito no cumprimento daquela e a consideração de que o indivíduo extinguiu sua responsabilidade jurídico-penal. Por essa razão, na regulação da pena de trabalhos em benefício da comunidade resulta fundamental determinar não só em que hipóteses convêm aplicar essa pena ou as condições de eleição e execução do trabalho, senão também o *planejamento* de um sistema de controle da execução. No entanto, o objetivo deste controle é o de favorecer uma dupla garantia. Num *primeiro plano*, que o cumprimento da pena esteja dotado de conteúdo e que o condenado não extinga sua responsabilidade penal sem haver realizado efetivamente uma tarefa de ordem gratuita, útil e reparadora. Essa condição possibilita a contribuição da manutenção da confiança de juízes, técnicos e da sociedade nesta sanção. Do contrário, a pena de trabalhos em benefício da comunidade careceria de crédito e naturalmente em desuso. Num *segundo plano*, o controle também é uma garantia para o condenado, na medida em que o correto controle da execução evita que este se veja submetido à vontade do responsável da

⁶⁶⁴ Vid. BITENCOURT, op.cit., p. 144; GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, pp. 150 e ss.

atividade e, portanto, a condições mais severas daquelas acordadas no momento da sentença. Por isso a necessidade de criação de um sistema coerente de controle e supervisão que não deixe também, de averiguar os fatores que devam acompanhar o condenado nesse momento, tais como as circunstâncias pessoais, entre as quais, por exemplo, a eventual falta de adaptar-se a determinados horários e dias semanais para a concretização da atividade.⁶⁶⁵ A pena não perde seu caráter de reprovação pelo delito praticado se dotada de certos elementos de flexibilidade na valoração do cumprimento que possam contribuir consideravelmente em relação a uma revogação automática, ao aprendizado de determinadas condutas que são indispensáveis ao convívio em sociedade.

O cumprimento da pena de trabalhos no seio social obriga a estabelecer um sistema de supervisão do condenado distinto daquele previsto para as penas privativas de liberdade e distinto também das objeções que impõem outras sanções privativas de direitos baseadas, geralmente, na contenção do indivíduo e em garantir o respeito à obrigação específica de não fazer. Na supervisão das atividades em benefício da comunidade se trata, pelo contrário, de comprovar que o condenado faz aquilo tudo que se lhe obriga. O esforço complementar que esta pena comporta sobre a mera questão de não fazer, característico de outras sanções, supõe que quando a execução não seja a esperada deverá avaliar-se se isso depende exclusivamente da vontade do condenado ou se existem causas externas explicativas ou justificativas.

A primeira das condições previstas tanto no ordenamento espanhol como no brasileiro, mais precisamente nos artigos 49 do Código penal espanhol e 149 da LEP brasileira atribuem a competência para o controle da execução ao *juiz de execução*, a quem se faculta a tal efeito, para recolher os informes sobre o desenvolvimento do trabalho à Administração, a entidade pública ou a associação da qual se prestam os serviços. O artigo 7º RD 515/2005 acrescenta ainda ao previsto na LO 15/2003, a obrigação para o condenado de seguir as instruções que receba do juiz de vigília

⁶⁶⁵ Vid. TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p.418; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *La Ley*, 1194 (1985), p. 1075; SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, p. 349.

penitenciária e dos serviços sociais penitenciários (no caso espanhol) durante o cumprimento da pena, bem como as diretrizes da entidade para que a preste a atividade. Da mesma forma, prevê o artigo 149 da LEP brasileira que caberá ao juiz da execução designar a entidade, as atividades e os horários de cumprimento da pena ao condenado. Em definitiva, a supervisão e o controle se perfectibilizam a partir de uma tripla perspectiva no âmbito da execução no sistema espanhol (órgão judicial, administração e entidade) e dupla no sistema brasileiro (órgão judicial e a entidade), sistemas que exigem indubitavelmente de uma boa *coordenação* entre essas esferas e uma definição das competências de cada um deles em matéria de controle da execução.⁶⁶⁶ Assim, se analisará e se comparará primeiramente as funções de supervisão atribuídas às entidades das quais se prestam os serviços nos ordenamentos de Espanha e Brasil, logo se analisará as funções de supervisão atribuídas aos serviços sociais penitenciários na Espanha, se comparará as funções de controle atribuídas ao órgão judicial nos dois países e por último se analisará o regime de descumprimento da pena também em ambos os países.

A. Funções de supervisão destinadas às entidades

Às entidades públicas ou privadas e às Administrações que colaboram diretamente na execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade com o propósito de receber condenados em seu interior, os artigos 4.1 do RD 515/2005, de 6 de maio e 46, §§ 2º e 3º do Código penal brasileiro, atribuem as funções de gestão das atividades, assessoramento, seguimento e assistência aos condenados, sem prejuízo, no caso espanhol, da supervisão da Administração penitenciária. Dessa maneira, considera-se oportuno compreender que a função das entidades que recebem os condenados em seu seio se centra no sentido de se colocar a disposição deste um lugar em que se possa realizar um trabalho, de modo que mantenha um contato estrito com aquele durante o tempo de duração da execução, a fim de assessorá-lo em

⁶⁶⁶ ASÚA BATARRITA, em: *Estudios de Deusto*, p. 321; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 297; TORRES ROSELL, op.cit., p. 419; BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad*, pp. 147 e ss; BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, pp. 141 e 142; MARCÃO, *Curso de execução penal*, p. 224.

relação à forma em que o trabalho deva se desenvolver, fazendo o seguimento adequado. Conseqüentemente, a função destas entidades não é a de exercer um verdadeiro controle senão concretamente corroborar a *assistência* do condenado à entidade nos dias e horários acordados e o efetivo cumprimento das tarefas impostas.⁶⁶⁷ No entanto, alguns autores espanhóis criticaram a atribuição de algumas funções de controle à entidade onde se prestam as atividades⁶⁶⁸, porém, o certo é que a partir do momento em que se aceita que o cumprimento possa levar a cabo com a colaboração desta entidade, também elas passam a fazer parte no seguimento do trabalho.⁶⁶⁹

Ademais, sua implicação no seguimento das atividades se limita aos elementos assinalados, ou seja, confirmar a assistência ao condenado ao estabelecimento nos dias acordados e a execução efetiva da tarefa que foi recomendada. Qualquer outra incidência no momento da execução deve ser posta ao conhecimento dos profissionais da Administração para que sejam eles que procedam em conformidade com sua respectiva conveniência.⁶⁷⁰

B. Funções de supervisão destinadas aos Serviços Sociais Penitenciários

Conforme os artigos 49.6 do Código penal espanhol e 7.2 do RD 515/2005, corresponde à Administração comprovar com a periodicidade necessária a submissão do condenado à pena de trabalhos em benefício da comunidade imposta, bem como o

⁶⁶⁷ TORRES ROSELL, op.cit., p. 420.

⁶⁶⁸ JORGE BARREIRO, em: RODRIGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, p. 224; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 29.

⁶⁶⁹ POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos en el Código penal*, p. 99; TORRES ROSELL, op.cit., p. 420; OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*, p. 189; BRANDARIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 388.

⁶⁷⁰ Segundo TORRES ROSELL, op.cit., p. 420, também os responsáveis pela entidade podem contribuir com a dificuldade do cumprimento da pena de trabalhos em benefício da comunidade bem como comunicar a Administração de justiça quando o condenado comete outro delito vindo a se tornar reincidente. No mesmo sentido, DEL CAMPO, *Penas restritivas de direitos*, p. 71; RODRIGUES DA CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*, pp. 109 e ss; MARCÃO, *Curso de execução penal*, p. 225.

cumprimento efetivo da atividade determinada. O RD estabelece a manutenção de contatos periódicos com a entidade na qual se concretiza a execução, com o objetivo de receber notícia das incidências às que já se fez referência, entre elas a falta de assistência ou de frequência e pontualidade do condenado, a rejeição daquele ao seguimento das tarefas assinaladas para o desenvolvimento da prestação, bem como as dificuldades de relacionamento que possam surgir com outros participantes ou com os próprios beneficiários das atividades prestadas. Em contrapartida, a Administração penitenciária atua também fazendo o nexo de ligação entre a entidade e o órgão judicial. Nessa esteira, o artigo 49.6 do Código penal, que regula o regime de descumprimento da pena de trabalhos, atribui aos serviços sociais penitenciários a função de verificação das incidências que se produzam durante a execução da pena com a finalidade de comunicar ao poder judiciário aquelas que sejam realmente relevantes.⁶⁷¹ Dessa forma, a Administração realiza não só uma função de transmissão de informação senão uma verdadeira supervisão da execução da pena, passando a desenvolver uma função que filtra aquelas incidências que não tenham suficiente importância para levar ao conhecimento do juiz. Conseqüentemente, aquelas circunstâncias que durante o transcurso da execução possam ser solucionadas pelos técnicos administrativos advertindo os condenados da necessidade de uma transformação em sua atitude em direção ao cumprimento da tarefa acordada, já não deverão chegar a serem resolvidas pelo juiz, sem prejuízo que este recebe o conhecimento delas, como também sem prejuízo de que o condenado possa recorrer ao juiz no caso de não considerar oportuna a solução adotada pela Administração.

Essa atribuição de iniciativa dos agentes administrativos não deve comprometer as garantias do condenado. Pelo contrário, muito provavelmente que certos episódios possam ser resolvidos pelos técnicos no sentido de evitar a suspensão do cumprimento da pena por um lado e por outro de evitar um desgaste necessário do juiz.

⁶⁷¹ TORRES ROSELL, op.cit., p. 421; BLAY GIL, op.cit., pp. 150 e ss.

Em sentido contrário, a supervisão estrita da execução não exclui, senão que em determinadas circunstâncias comporta uma relação singular entre o condenado e o técnico, que pode ser aproveitada, por outro lado, para abordar os problemas sociais durante a entrevista inicial ou até mesmo durante a própria execução da pena. Daí surge a possibilidade de agregar a supervisão do cumprimento com uma tarefa de assistência ao condenado inclusive com uma derivação em direção aos serviços sociais que possam ajudá-lo com relação alguns problemas, em especial aqueles que foram determinantes em sua prática delitiva. Essa dupla função que se pode conceder aos técnicos exige encontrar um ponto de equilíbrio entre a prestação de atenção e apoio à problemática do condenado e a garantia de um controle rígido da prestação que resulta indispensável para a manutenção da *confiança* dos juízes nessa pena.⁶⁷²

C. Funções de controle destinadas ao Poder Judiciário

O órgão jurisdicional encarregado do controle da execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade na Espanha, depois da entrada em vigor da LO 15/2003, é o juiz de vigilância penitenciária, em base ao artigo 49.1 do Código penal. Para desenvolver esse controle, requerirá os informes sobre o desempenho do trabalho à Administração, entidade pública ou associação de interesse geral em que se prestam os serviços. Esta disposição potencIALIZOU o controle a ser realizado pelo órgão jurisdicional⁶⁷³, já que a partir desta reforma os informes são preceptivos, enquanto que o com o Código penal de 1995 eram exclusivamente potestativos.⁶⁷⁴ Por outro lado, o artigo 7.1 RD 515/2005 dispõe que “*durante o cumprimento da condenação o condenado deverá seguir as instruções que receba do juiz de vigilância*

⁶⁷² Vid. TORRES ROSELL, op.cit., p. 422. De forma contrária, TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la cárcel*, p. 148, entende ser essa situação de estabelecer uns serviços sociais penitenciários que jogam como correia de transmissão de toda informação incoerente e desajustada não condizente com o espírito do preceito normativo.

⁶⁷³ LANDROVE DÍAZ, *Diario la ley* 6093 (2004), p. 05; VARONA GÓMEZ, REIC (2004), p. 08; OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*, p. 198.

⁶⁷⁴ O artigo 49.1 do Código penal dispunha que “ (...) o juiz sentenciador ... poderá requerer ...”

penitenciária...”, as quais serão preeminentes com relação às ordens ditadas tanto pela Administração penitenciária, como pelo responsável pela entidade.

Essa atribuição se deve em parte à doutrina que havia reclamado que o controle deveria ser realizado pelos juízes de vigilância penitenciária, considerando estes os órgãos mais adequados para realizar essa função de controlar a execução da pena, que os juízes ou tribunais sentenciadores, órgãos nos que anteriormente recaia esta função.⁶⁷⁵ Isso porque o controle da execução de uma pena desta natureza necessita de um atento e *continuo* seguimento, similar ao que se exerce sobre as penas privativas de liberdade.⁶⁷⁶

Dessa forma, os juizados de vigilância penitenciária se transformam em verdadeiros juízes de execução de penas, tanto das penas de prisão como das não privativas de liberdade, evolução necessária que se *coaduna* com um sistema punitivo mais diversificado e proporcional, e em que as penas de prisão não tenham presença. Não obstante, esse controle será mediato e seguramente não terá a periodicidade desejável, ainda que se parta do pressuposto que com a modificação no órgão competente este controle seja mais efetivo.⁶⁷⁷

A mesma sistemática pode ser observada no contexto brasileiro onde a entidade beneficiada com a prestação de serviços deverá encaminhar mensalmente, ao juiz da execução relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, a qualquer tempo, comunicação sobre ausência ou falta disciplinar, colaborando, dessa forma, com a administração da execução da pena, a cargo do juízo. É *destacado*,

⁶⁷⁵ VALMAÑA OCHAÍTA, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho Penal español*, p. 190; MAZA MARTÍN, CDJ (1996), p. 181; GARCÍA ARÁN, CJ, 38 (1996), p. 38; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 30; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 306; GARCÍA ARÁN, CJ 38 (1996), pp. 41 e 42; PARES I GALES, CPC 64 (1998), p. 165; LANDROVE DÍAZ, op.cit., p. 05; VARONA GÓMEZ, op.cit., p. 08.

⁶⁷⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, op.cit., p. 30; OLARTE HURTADO, op.cit. p. 199.

⁶⁷⁷ TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 424 e 425; BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad*, pp. 148 e ss; OLARTE HURTADO, op.cit., p. 199; BRANDARIZ GARCÍA, *La sanción de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 395 e ss.

portanto, o papel da autoridade judiciária na execução da pena de prestação de serviços à comunidade, impondo-se como figura que mantenha tal organização e estrutura de modo que possam viabilizar junto às entidades e à sociedade a efetiva execução da pena.⁶⁷⁸

Ademais, conforme o item 40 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal consigna que a *“responsabilidade da autoridade judiciária no cumprimento das penas restritivas de direitos é dividida com as pessoas jurídicas de direito público ou privado ou com particulares beneficiados com a prestação de serviços gratuitos. Mas seu desempenho não é minimizado pelo servidor ou pela burocracia, como sucede, atualmente, com a execução das penas privativas de liberdade”*.

D.Valoração

O controle da execução da pena de trabalhos em benefício da comunidade, tanto na Espanha como no Brasil, foi concedida a distintos órgãos. Na Espanha cabe ao órgão judicial, à Administração e a entidade. No Brasil cabe ao Poder judiciário e a própria entidade onde as tarefas devem ser realizadas. No entanto, para que se tenha um controle satisfatório, é necessário que estas funções concretas sejam complementarias e que haja uma eficaz comunicação e coordenação constante entre estes órgãos.

No entanto, em se tratando de entidades onde o condenado desenvolve as atividades, estas funções podem representar uma carga excessiva para as mesmas, especialmente àquelas que realizam um trabalho social muito concreto e importante e norTEAM seu trabalho na colaboração de pessoas voluntárias, mas são *carecedoras* de uma grande infraestrutura ou inclusive de colaboradores assalariados que trabalhem com dedicação exclusiva para a entidade. Ademais, no caso específico do controle da

⁶⁷⁸ Vid. DEL CAMPO, *Penas restritivas de direitos*, p. 71; CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*, pp. 109 e ss; GONÇALVES, *Penas alternativas*, p. 26; NEVES, *Penas restritivas de direitos*, pp. 170 e ss; MARTINS, *Penas alternativas*, pp. 95 e ss; MARCÃO, *Curso de execução penal*, pp. 224 e 225.

§ 5. A EXECUÇÃO DOS TRABALHOS EM BENEFÍCIO DA COMUNIDADE NA ESPANHA E
NO BRASIL

execução da pena, em algumas situações podem não ser recomendadas que o responsável pela entidade leve a cabo esta função, pois não se podem confundir os propósitos que perseguem as próprias entidades ao colaborar com o programa de execução da pena com os da Administração da justiça.

O órgão do Poder judiciário encarregado do controle da execução da pena de trabalhos em beneficio da comunidade tanto no Brasil como na Espanha é o *juiz de execução* (juiz de vigilância penitenciária na Espanha). A atribuição desta competência a dito magistrado pode ser considerada *positiva*, devido a que é possível potencializar a materialização de um controle mais efetivo ao tempo que pode unificar os critérios seguidos durante o mesmo controle. Ademais, em ambos os ordenamentos penais, o juiz de execução deve requerer os *informes* sobre o desempenho do trabalho à Administração pública (no caso espanhol) ou a entidade onde se prestam as atividades (em ambos os ordenamentos). No entanto, também nesse caso, parece razoável criticar o fato de que as normativas dos dois países não estabeleceram a *periodicidade* com a qual o juiz de execução deve requerer esses informes.

Assim, se efetivamente se pretende controlar o exercício do cumprimento da pena de trabalhos em beneficio da comunidade, é fundamental que as legislações de Espanha e Brasil determinem a frequência com a qual esta tarefa deva ser realizada pelos juizes encarregados para evitar que estas lacunas legais sejam manejadas para delegar suas funções a outros órgãos aos quais não corresponde seu pleno cumprimento.⁶⁷⁹

⁶⁷⁹ Esta parece ser também a preocupação de OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*, p. 327.

V. Regime de descumprimento da pena em Espanha e Brasil

A. Circunstâncias do descumprimento

A nova redação da LO 15/2003⁶⁸⁰ espanhola insere no artigo 49 do Código penal a regulação dos critérios para valorar o *descumprimento* da pena de trabalhos em benefício da comunidade e as consequências deste, de modo que o novo parágrafo sexto do dispositivo supõe a revogação tácita do regime de descumprimento previsto nos artigos 8 e 9 do RD 690/1996. Um dos pontos mais importantes da nova regulação radica fundamentalmente na incorporação dessa matéria na Lei Orgânica, como parte da doutrina havia insistido, em não remeter um aspecto tão importante para o cumprimento da pena às modificações que frequentemente afetam os conteúdos regulados pela via regulamentária.⁶⁸¹

A disposição do artigo 49 do Código penal recorre aos Serviços sociais penitenciários a verificação das incidências surgidas durante o cumprimento da pena de trabalhos em benefício da comunidade e a comunicação ao juiz de vigilância penitenciária daquelas que considere relevantes. Assim, se transfere a estes agentes uma atividade valorativa com relação às incidências que ocorreram durante o descumprimento, de modo que os profissionais possam liquidar aquelas que não revistam uma especial circunstância. Com a finalidade de facilitar aos profissionais da Administração Penitenciária a concretização dessa valoração, o artigo 49

⁶⁸⁰ Art. 49.6 CP: “*Os serviços sociais penitenciários, feitas as verificações necessárias, comunicarão ao Juiz de Vigilancia Penitenciária as incidências relevantes da execução da pena e, em todo caso, se o condenado: a) Se ausenta do trabalho durante ao menos duas jornadas laborais, sempre que isso suponha um rechaço voluntário por sua parte ao cumprimento da pena; b) Apesar dos requerimentos do responsável do centro de trabalho, seu rendimento for sensivelmente inferior ao mínimo exigível; c) Se opuser ou descumprir de forma reiterada e manifesta as instruções que se lhe derem pelo responsável da ocupação referidas ao desenvolvimento da mesma; d) Por qualquer outra razão, sua conduta for tal que o responsável do trabalho se nega-se a seguir mantendo-lhe no centro.*”

⁶⁸¹ MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 178; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 38; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 313; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 427; BLAY GIL, RJD 51 (2004), p. 22; BRANDARIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 403. Vid. Também as Regras 9 e 10 da Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho de Europa, regras europeias sobre sanções e medidas comunitárias.

determina *quatro* possibilidades que deverão ser consideradas em todo caso como importantes, sem prejuízo de levar em conta também outras situações conflitivas e que, na opinião dos membros dos Serviços sociais devam ser colocadas à disposição do magistrado.

No entanto, as incidências previstas na condição sexta do artigo 49 do Código penal são literalmente as mesmas que em seu dado momento se encontravam disponíveis no artigo 8 do RD 690/1996, exceto por alguma variação significativa na primeira delas.

A circunstância prevista na letra a) é a ausência *injustificada* do trabalho. A nova redação apresenta-se de uma forma melhor com relação a anterior ao eliminar a referência aos abandonos, especificar que deverão ser duas as ausências injustificadas e acrescentar a necessidade de que estas representam um rechaço voluntário do condenado ao cumprimento da pena. A exigência de que as ausências representam um rechaço voluntário por parte do condenado ao cumprimento da pena impossibilita que as dificuldades no momento da execução provocadas por condições pessoais do condenado possam ser constitutivas desta causa de descumprimento. Essa circunstância afasta a normativa de um *modelo rígido*, segundo o qual um número determinado de ausências equivale a descumprimento, aproximando-o a um modelo flexível, segundo o qual a pena de trabalhos em benefício da comunidade pode considerá-la descumprida quando o infrator rejeita voluntariamente a sua execução.⁶⁸²

A alínea b) do dispositivo recorre àqueles casos em que “*apesar dos requerimentos do responsável do centro de trabalho, seu rendimento fora sensivelmente inferior ao mínimo exigível*”. Conforme a dicção desse preceito é fundamental que o responsável pela instituição onde são realizadas as atividades realize ao menos duas observações expressas e prévias por parte do responsável para que se possa entender que, diante

⁶⁸² CID MOLINÉ, RDPP 2 (2004), p. 223.

da persistência, se está ante o dispositivo contemplado na Lei.⁶⁸³ Para determinar qual é o rendimento mínimo exigível será importante levar em conta tanto a particular atividade desempenhada como as condições e circunstâncias do condenado reflexadas, nesse caso, no informe social elaborado pelos técnicos dos Serviços Sociais Penitenciários ao impor uma tarefa para ele impossível ou muito difícil de ser executada.⁶⁸⁴

De outra sorte, não basta que o responsável da entidade requeira ao condenado para entender que se está ante um rendimento sensivelmente inferior ao mínimo exigível: o magistrado deverá valorar mesmo assim a pertinência dessas instruções para poder considerar que sua desobediência é importante no momento de *tomar a decisão* de manter-lhe no mesmo centro, modificar seu centro de trabalho ou considerar, em seu caso, que ocorreu o descumprimento da pena.

Ao que se refere à circunstância prevista na alínea c), a oposição e descumprimento reiterado e manifesto das instruções dadas pelo responsável da ocupação referidas ao desenvolvimento da mesma, será necessário que a oposição ou descumprimento das instruções seja, como menciona o próprio dispositivo, reiterado e manifesto, de modo que expresse efetivamente um *rechaço* voluntário à execução dos trabalhos em benefício da comunidade. As instruções do responsável pela atividade devem referir-se ao desenvolvimento da tarefa, e não a qualquer outra circunstância, e o Juiz de Vigilância Penitenciária deverá valorar a pertinência das mesmas e sua coerência com a finalidade ressocializadora da sanção.⁶⁸⁵

Por último, conforme a alínea d) será necessário que os Serviços sociais penitenciários transfiram um informe ao juiz de vigilância penitenciária quando “*por qualquer outra razão, sua conduta for tal que o responsável do trabalho se negar a*

⁶⁸³ TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, p. 150.

⁶⁸⁴ BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 316; BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 162.

⁶⁸⁵ BLAY GIL, *op.cit.*, p. 163.

seguir mantendo-lhe no centro”. Para uma interpretação e aplicação racional dessa circunstância, o juiz deverá centrar-se na conduta do condenado, que deve considerar-se *incompatível* com o desenvolvimento do trabalho e não no fato de que o responsável pela atividade se negue a seguir mantendo-lhe no centro; a conduta do condenado deve ser em todo caso a que provoca que a manutenção do condenado no posto de trabalho seja inexigível à entidade.⁶⁸⁶

No entanto, há entendimentos no sentido de que a maneira mais correta seria a previsão por parte do legislador dos comportamentos que em particular impedem que a conduta do condenado permita o desempenho do trabalho que deva ser realizado, como sua toxicomania ou atitude violenta.⁶⁸⁷ Ademais, deve-se levar em conta que estes comportamentos ou situações deverão ser detectados na entrevista com os técnicos da Administração e haver constituído um suposto do artigo 5.3 RD 515/2005 nos que em consideração às circunstâncias pessoais, sociais ou familiares do sujeito a pena resulta de difícil ou impossível execução, comunicando-o ao juiz de vigilância penitenciária. Além disso, a generalidade dos termos permite que se insiram possibilidades que uma enumeração taxativa poderia excluir que possam dar-se na prática e que devem ser abordada pelo próprio juiz de vigilância, reorientando o cumprimento da pena, generalidade que não resulta objetável ao não tratar-se propriamente da delimitação normativa de uma causa de descumprimento.⁶⁸⁸

Em contrapartida, o artigo 181, § 1º da LEP brasileira dispõe que “*a pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:*

a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;

⁶⁸⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 35; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, pp. 318 e 319.

⁶⁸⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, op.cit., p. 35; BLAY GIL, op.cit., p. 163.

⁶⁸⁸ BLAY GIL, op.cit., pp. 163 e 164.

§ 5. A EXECUÇÃO DOS TRABALHOS EM BENEFÍCIO DA COMUNIDADE NA ESPANHA E
NO BRASIL

- b) *não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;*
- c) *recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;*
- d) *praticar falta grave;*
- e) *sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.”*

Com relação a alínea a) deve-se perceber que o dispositivo se refere a *duas* situações distintas. A primeira ocorre quando o condenado respondeu regularmente ao processo, compareceu a todos os atos processuais ou esteve legitimamente representado. Contudo, ao término do feito, quando da intimação da sentença definitiva, para o seu cumprimento, o condenado não é encontrado e o oficial de justiça certifica, obedecendo, dessa forma, as formalidades da lei, que se refere ao fato do condenado encontrar-se em lugar incerto e não sabido. Outra é a situação do réu revel que apesar de haver demonstrado certo desinteresse pela justiça, ainda assim se lhe oferece uma última oportunidade para beneficiar-se com a pena de prestação de serviços à comunidade, intimando-se através de edital. Somente após o desatendimento desses é que se tem a conversão à pena privativa de liberdade.

Pode-se perceber, portanto que na primeira situação, não há a oportunidade com a intimação a ser feita por edital, tratando-se inegavelmente de uma condição discriminatória e injusta, uma vez que o legislador trata com mais rigor aquele que esteve sempre atento e presente e que não pode ser oportunizado pela intimação editálica, ocasionando um total desrespeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Na hipótese da alínea b), ao contrário da anterior, o condenado pode *justificar* o não comparecimento à entidade ou programa em que deva prestar serviço. Isso porque

diversos motivos podem ter impedido que o condenado comparecesse ao local determinado, tais como saúde pessoal ou familiar, greve nos serviços de transporte público, acidente etc. Caberá, portanto, ao juiz da execução, após ouvir o Ministério Público, analisar as justificativas apresentadas pelo condenado e decidir sobre sua coerência e razoabilidade. Logo, só o não comparecimento injustificado acarretará a conversão. Na dúvida sobre a veracidade ou idoneidade das alegações apresentadas, o juiz deve aceitá-las, com as advertências de praxe.⁶⁸⁹

No que diz respeito a alínea c) do artigo 181 da LEP, também somente a recusa injustificada pode acarretar a conversão. Não se deve olvidar que a norma dispõe que as tarefas devam ser atribuídas segundo a aptidão do condenado, ou seja, conforme a capacitação profissional do indivíduo. Desrespeitar as habilidades pessoais do indivíduo significa violar um dom natural do ser humano, que encontra prazer na realização da atividade que desempenha ou aprendeu a desempenhar. Logo, embora compareça ao local determinado, pode recusar-se a desempenhar a atividade que lhe foi imposta por desconhecê-la ou não saber realizá-la, ou simplesmente por não serem condizentes com suas aptidões pessoais. Exigir que o faça apesar de inapto para o desempenho da atividade corresponde a impor-lhe uma situação *constrangedora*, vedada pelo ordenamento jurídico. Conseqüentemente, eventual recusa, nessas circunstâncias, seria plenamente justificada e não poderia originar a conversão em pena de prisão.⁶⁹⁰

Com relação as alíneas d) e e) cabe mencionar que a prática de qualquer falta grave ou condenação por outro crime à pena de prisão autoriza a conversão da pena de prestação de serviços à comunidade em prisão, de modo que haja sempre a *detração* da pena cumprida no âmbito da comunidade.

⁶⁸⁹ Cf. BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p. 180.

⁶⁹⁰ BITENCOURT, *op.cit.*, p. 180.

B. Consequências do descumprimento

A LO 15/2003 espanhola diversificou as consequências e, como mencionado *supra*, adotou um modelo *flexível* de regulação, tornando de essa forma possível diferenciar o descumprimento culposos daquele defeituoso, uma exigência realizada por parte da doutrina⁶⁹¹ em relação à regulação anterior prevista no RD 690/1996. Dessa forma, se o Juiz de Vigilância Penitenciária estima que houve descumprimento, as consequências serão distintas conforme a pena de trabalhos em benefício da comunidade tenha sido imposta como pena principal ou substitutiva.

Relativo à primeira consequência, o artigo 49.6 III do Código penal espanhol dispõe que em caso de descumprimento se deduzirá *testemunho* para proceder em conformidade com o artigo 468 do Código penal, regulador do crime de *quebrantamento de pena*, segundo o qual nos supostos em que a pena descumprida não seja privativa de liberdade, se aplicará uma multa de 12 a 24 meses. Portanto, nesse caso, quando um condenado não cumpra a pena de trabalhos em benefício da comunidade, e se o órgão jurisdicional considera que cometeu o delito do artigo 468 CP, se lhe imporá também uma pena de multa.

No entanto, essa circunstância só ocorre quando a pena de trabalhos em benefício da comunidade tenha sido aplicada como pena *principal*, já que se é substituta de outra pena seu quebrantamento possui uma disciplina distinta, regulada pelo artigo 88.2 do Código penal, que transfere a aplicação do artigo que trata do quebrantamento de pena.⁶⁹² Além disso, o delito em tela só se comete quando não se cumpre uma pena originária, a única cuja frustração se supõe uma agressão ao bem jurídico protegido por ela.⁶⁹³

⁶⁹¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 36; BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 328.

⁶⁹² Vid. BLAY GIL, RJD 51 (2004), p. 148; CID MOLINÉ, RDPP 2 (2004), p. 223; OLARTE HURTADO, *Alternativa a la cárcel en Euskadi*, p. 209.

⁶⁹³ OLARTE HURTADO, *op.cit.*, p. 209.

Com relação ao procedimento a ser adotado em caso de descumprimento, o juizado de vigilância penitenciária se encarregará de abrir diligências por um provável delito de quebrantamento de pena, a qual remeterá ao *Juizado de guarda*, responsável por levar adiante o processo.

Por outro lado, quando a pena de trabalhos em benefício da comunidade for substituta de uma pena de prisão o artigo 88.2⁶⁹⁴ do Código penal estabelece que, em caso de descumprimento, se executará a pena de prisão inicialmente imposta, descontando⁶⁹⁵, nessa hipótese, a parte de tempo correspondente às cotas efetivamente satisfeitas.⁶⁹⁶ Para que se faça esse desconto, se utilizará o critério de conversão estabelecido no artigo 88.1 do Código penal, ou seja, uma jornada de trabalho em benefício da comunidade por um dia de prisão.

Nesse caso, conforme a normativa anterior também havia uma polêmica doutrinária sobre se além da consequência pelo descumprimento recolhida nesse artigo 88, poderia constituir um delito de quebrantamento de pena, regulado pelo artigo 468 do Código penal. Nesse sentido, alguns autores consideravam que deveria-se deduzir testemunho a efeitos de um possível delito de quebrantamento de pena.⁶⁹⁷ Não obstante, outro posicionamento doutrinário defendia a tese de que este descumprimento *não* deveria ser considerado um delito de quebrantamento de pena,

⁶⁹⁴ Art. 88.2: “Na hipótese de descumprimento em todo ou em parte da pena substituta, a pena de prisão inicialmente imposta se executará descontando, em seu caso, a parte de tempo a que equivalham as cotas satisfeitas, de acordo com a regra de conversão prevista no apartado precedente”.

⁶⁹⁵ A respeito do desconto da pena já executada, nesse caso a não remissão aos módulos de conversão previstos pelo primeiro apartado do artigo 88 do Código penal concorda com o posicionamento defendido sobre a substituição, em particular sobre a margem de discricionariedade com o que deve contar o juiz para valorizar o número de jornadas para a substituição da pena de prisão. Vid. TORRES ROSELL, op.cit., p. 377.

⁶⁹⁶ Vid., também, GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, p. 123; SERRANO PASCUAL, *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, p. 379; MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 106; TORRES ROSELL, op.cit., p. 377.

⁶⁹⁷ CHOCLÁN MONTALVO, AP 8 (1997), p. 166; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, op.cit., p. 36.

uma vez que faltava previsão legal, e em particular, no próprio contexto do artigo 88 do Código penal.⁶⁹⁸ Dessa forma, em conformidade com o princípio da *especialidade*, quando um dispositivo prevê uma consequência concreta para uma dada situação, esta terá preferencial aplicabilidade, o que supõe que nesse caso, a aplicação do artigo 88.2 do Código penal exclua ao artigo 468 do mesmo diploma legal. Ademais, levando em conta que a execução de uma pena de prisão acarreta uma severidade muito maior que a pena de trabalhos em benefício da comunidade descumprida, esta se considera suficiente como sanção de apoio, sem que seja necessário aplicar também uma pena adicional por um delito de quebrantamento de pena.⁶⁹⁹

Portanto, o descumprimento da pena de trabalhos em benefício da comunidade quando for *substitutiva* de uma pena privativa de liberdade não dará lugar a dedução de testemunho por um possível quebrantamento de pena, senão que será diretamente aplicado o artigo 88.2 do Código penal que, conforme o princípio de especialidade, recorre a consequência direta para essa hipótese.⁷⁰⁰

Além de todas essas celeumas, há também a possibilidade do descumprimento da pena de trabalhos em benefício da comunidade como substitutiva da responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa, já que o artigo 53.1 do Código penal não regula as consequências do não cumprimento nesse caso. Nesse sentido, primeiro é necessário argüir se é aplicável o artigo 88.2 do Código penal, com o retorno à pena de prisão imposta por um lado, e, posteriormente, se este descumprimento pode ser constitutivo de um delito de quebrantamento de pena.

⁶⁹⁸ Vid. BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., pp. 325 e 326.

⁶⁹⁹ Alguns autores como BRANDARIZ GARCÍA, op.cit., p. 236; CID MOLINÉ, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.) *Penas alternativas a la prisión*, p. 28; SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, p. 351, entre outros, destacam que se deveria evitar o uso da prisão como pena de apoio da pena de trabalhos em benefício da comunidade, uma vez que sua efetividade pode ser completamente desvirtuada como alternativa à mesma.

⁷⁰⁰ OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*, p. 211.

Com relação à primeira dúvida, uma parte da doutrina⁷⁰¹ considerava que o artigo 88 do Código penal era também aplicável nessa hipótese, em que o descumprimento desta pena de trabalhos em benefício da comunidade daria lugar à execução da pena privativa de liberdade imposta num primeiro momento como responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa. Assim, estes autores argumentavam que o artigo 8 RD 690/1996, regulador do descumprimento da pena de trabalhos em benefício da comunidade, não recorria nenhuma consequência diferenciada quando esta havia sido aplicada em conformidade ao artigo 53 do Código penal. Mesmo assim, ao interpretar este dispositivo como um caso de substituição da pena de prisão, seria de aplicação também a consequência dada pelo Código penal para estes supostos, regulados, como foi possível perceber, no artigo 88.2 do Código penal.

Portanto, a consequência desse descumprimento seria a aplicação da pena privativa de liberdade *primeiramente* imposta, que deveria ser cumprida em um regime de privação de liberdade continuada.

No entanto, outros autores⁷⁰², entendiam que estes dois dispositivos, o artigo 53 e o artigo 88 do Código penal, possuem alguns distintos fundamentos, pelo que a remissão direta ao artigo 88 do Código penal nos casos de descumprimento da responsabilidade subsidiária pela falta de pagamento da multa não seja aconselhável a partir de uma perspectiva político-criminal, já que isso supõe um cumprimento da pena de privação de liberdade continuada. Ao contrário, em concordância com o princípio da proporcionalidade com o delito praticado, pensava-se que seria mais oportuno sua execução como arresto domiciliário ou como outra modalidade de residência obrigatória.⁷⁰³

⁷⁰¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, op.cit., pp. 17 e 34; MAPELLI CAFFARENA, RDPC 5 (2000), pp. 71 e ss; PARES I GALES, CPC 64 (1998), p. 177.

⁷⁰² BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 330; CID MOLINÉ, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.) *Penas alternativas a la prisión*, pp. 112 e ss.

⁷⁰³ SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, p. 351.

Depois da reforma realizada pela LO 15/2003 parece que esta solução não é mais possível, uma vez que o artigo 53.1 do Código penal apenas recorre ao cumprimento da responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa mediante localização permanente quando se tratar de faltas. Dessa forma, parece evidente que, no caso de descumprimento, deverá executar-se a pena privativa de liberdade de modo continuado, o que resulta totalmente *desproporcional* em relação ao injusto praticado, que deu lugar à aplicação da pena de multa. Ademais, a solução poderia atentar o próprio princípio da igualdade, já que, em último caso, se estaria sancionando com uma pena privativa de liberdade a insolvência econômica.⁷⁰⁴

Por essa razão, pode-se pensar que em caso de descumprimento da pena de trabalhos em benefício da comunidade como responsabilidade subsidiária pelo não pagamento da multa, e uma vez que se retornou à pena privativa de liberdade, deveria ser aplicado o disposto no artigo 81 do Código penal, e suspender-se sua execução de forma condicional. Como ponto favorável a esse entendimento se encontra o fato de que o artigo 81.2 do Código penal espanhol se refere às penas privativas de liberdade, entre as que se encontra a responsabilidade subsidiária pelo não pagamento da multa, sem fazer *nenhuma* distinção entre elas. Além disso, para que se respeite o princípio “*pro libertatis*”, se recomenda que se aplique o instituto da suspensão condicional da pena, especialmente nessas hipóteses.⁷⁰⁵

Não obstante, antes de revogar a pena e acordar a execução da pena privativa de liberdade, o juiz de Vigilância Penitenciária deveria valorar se é possível o cumprimento da execução da mesma pena de trabalho em benefício da comunidade

⁷⁰⁴ Vid. OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*, p. 212. Por outro lado as sentenças do Tribunal Constitucional (STC 1998/19, de 16 de fevereiro de 1998 e a STC 230/1991) não consideram que a responsabilidade pessoal pelo não pagamento da multa, cumprida em regime privativo de liberdade, viole o princípio da igualdade, mas recomendaram que se aplicassem outras medidas menos lesivas aos direitos fundamentais das pessoas condenadas.

⁷⁰⁵ BRANDARIZ GARCÍA, *op.cit.*, 331; CID MOLINÉ, *op.cit.*, p. 117; OLARTE HURTADO, *op.cit.*, p. 213.

em outro centro de trabalho, e inclusive alterar alguma das condições de execução, se favorecesse de algum modo o seu cumprimento.

Já na legislação brasileira, mais especificamente no artigo 44, § 4º do Código penal, está previsto que haverá a mencionada conversão quando ocorrer o *descumprimento injustificado* da pena restritiva substituta da prisão primeiramente imposta.⁷⁰⁶ Em homenagem ao princípio do contraditório e ampla defesa, o condenado deverá ser intimado para se justificar. Aceita a justificativa apresentada, o juiz relevará o ocorrido. Caso contrário haverá a conversão. Nesse sentido, o artigo 181, § 1º, da LEP, dispõe que “*a pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado: a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital; b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço; c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto; d) praticar falta grave; e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.*”⁷⁰⁷

Para o começo da execução da pena de prestação de serviços à comunidade, cabe ao juiz da execução determinar a intimação do condenado, comunicando-o a entidade, dias e horários em que deverá cumprir a pena, conforme determina o artigo 149, II da LEP. Frustrada a tentativa de intimação pessoal para tal objetivo, por encontrar-se em lugar incerto e não sabido, e esgotadas todas as tentativas de localização do condenado para intimação pessoal, dar-se-á a intimação por edital. Desatendida esta, deverá ocorrer a conversão da pena de prestação de serviços à comunidade em

⁷⁰⁶ No entanto, há julgados no sentido de desconsiderar em algumas hipóteses a conversão da pena de prestação de serviços à comunidade em prisão, uma vez que o próprio artigo 181 deixa claro que ditas penas serão convertidas em prisão “nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código penal. No entanto, este dispõe que a conversão não é obrigatória quando for possível ao condenado cumprir, concomitantemente, as duas sanções. Veja-se: “*Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior*” (CP, art. 44, § 5.º). Vid. AC 2008 – 420 210 Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho.

⁷⁰⁷ Vid. AC/RS 2004 – 405590 Rel. Des. Sylvio Baptista; AC/RS 2008 – 1011209 Rel. Des. Jaime Piterman.

prisão, observados os parâmetros determinados na sentença condenatória atinente à quantidade e ao regime.⁷⁰⁸

A *segunda* hipótese de conversão decorre do *não comparecimento*, injustificado, à entidade ou programa em que o executado deva prestar o serviço. Aqui, se apesar de regularmente intimado o condenado deixar de comparecer ao local especificado, será intimado a apresentar justificativa para a sua conduta, após o que, com a precedente manifestação do Ministério Público, o juízo da execução decidirá pelo acolhimento ou não da justificativa apresentada pelo condenado. Se não aceita a justificativa, aplicar-se-á a conversão.

A *terceira* hipótese de conversão ocorre se o condenado recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto. Percebe-se, todavia, que nessa hipótese, bem como na anterior, a Lei exige a constatação de um elemento normativo do *tipo* de conversão, pois é preciso que em ambas o descumprimento seja injustificado. Havendo uma justificativa coerente e convincente, a conversão não deve operar.

A prática de falta grave constitui a *quarta* possibilidade de conversão. Nesse particular, é preciso observar que a LEP distingue as faltas que são consideradas graves na execução das penas de prisão das incidentes na execução das penas restritivas de direitos. As primeiras estão previstas nos artigos 50 e 52, primeira parte; as segundas, no artigo 51 da LEP. Para que se consolide a conversão sob tal fundamento, basta a prática da falta grave.

A *quinta* hipótese de conversão decorre de nova condenação imposta ao condenado, à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa. Convém ressaltar que somente no caso de condenação por outro crime, à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa, é que a conversão será possível, de modo que não será cogitada nas hipóteses em que se deu a condenação pela prática

⁷⁰⁸ BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, pp. 170 e ss; GONÇALVES, *Penas alternativas*, pp. 30 e ss; MARTINS, *Penas alternativas*, pp. 95 e ss; MARCÃO, *Curso de execução penal*, pp. 279 e 280.

de contravenção penal; condenação por crime sem que se tenha aplicado pena de prisão e condenação por outro crime, caso a execução da pena tenha sido suspensa.⁷⁰⁹

No cálculo da pena privativa de liberdade a executar-se, tal como ocorre no sistema espanhol, será deduzido o tempo já cumprido da pena de prestação de serviços à comunidade, respeitado o cumprimento de, no mínimo, trinta dias de detenção ou reclusão. Dessa forma, se alguém condenado a quinze meses de detenção, após cumprir dez meses de pena de prestação de serviços à comunidade, passa a descumprir injustificadamente a pena aplicada, terá de cumprir os cinco meses restantes de detenção. Em virtude desse dispositivo, deve-se atentar para o fato de que, se o condenado deixa de cumprir medida imposta faltando dez dias para o término, terá de cumprir no mínimo trinta dias de detenção ou reclusão. Entretanto, essa medida prevista no artigo 44, § 4º, do Código penal, parece ser *inconstitucional*, uma vez que nesse caso, o *quantum* da pena de prisão a ser cumprida decorre da Lei e não de decisão judicial. Dessa forma, o condenado deveria cumprir apenas o restante da pena aplicada (dez dias no caso), sob pena de serem violados os princípios da proporcionalidade, culpabilidade e proibição do excesso.⁷¹⁰

C. Valoração

Os supostos recorridos pelo artigo 49.6 do Código penal espanhol, que dão lugar ao descumprimento da pena de trabalhos em benefício da comunidade são na verdade uma nova versão da regulação anterior estabelecida pelo art. 8 RD 690/1996, mantendo-se, portanto, diversos problemas de ordem interpretativa que deveriam ter sido solucionados pela nova normativa. A definição dos supostos recorridos nas letras b), c) e d), dispõem de conceitos muito vagos e indeterminados, como por exemplo quando trata do “*rendimento sensivelmente inferior ao mínimo exigível*” ou

⁷⁰⁹ MARCÃO, op.cit., pp. 280 e 281.

⁷¹⁰ Assim, JESUS, *Comentários ao Código penal*, passim; GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, passim; GONÇALVES, op.cit., p. 32.

“*se opuser de forma reiterada e manifesta às instruções*”, que obrigam a uma interpretação restritiva para evitar que se transformem em arbitrária. Esta situação pode ser considerada grave com relação à cláusula aberta recorrida na letra d), uma vez que faz menção a “*qualquer outra causa*”, pelo que o indivíduo responsável pela entidade se negue a manter o condenado em seu ambiente.

Esta indeterminação das circunstâncias que provocam o descumprimento da sanção obriga aos serviços sociais penitenciários emitir o informe exigido pelo art. 8 RD 515/2005, e ao juiz de vigilância penitenciária após analisá-lo, decidir sobre as conseqüências oportunas ao caso, podendo, inclusive, dar lugar a uma *revogação* da pena e a possível aplicação da pena de prisão se os trabalhos em benefício da comunidade atuassem como pena substituta.

Por outro lado, passa a ser positivo que o artigo 49.6 II do Código penal espanhol tenha diversificado as conseqüências a serem impostas pelo juiz de vigilância penitenciária quando encontradas situações de distintas gravidades. Depois da reforma instaurada pela LO 15/2003 é possível distinguir o cumprimento *defeituoso* do descumprimento *culposo*, possuindo o juiz de vigilância ampla discricionariedade que lhe permitirá melhor adequar as respostas aos diversos supostos.

No caso de descumprimento, as conseqüências variarão em função da *natureza* da pena: se principal ou substituta. O artigo 49.6 III do Código penal espanhol prevê que em caso de descumprimento da pena se deduzirá testemunho para proceder em conformidade com o artigo 468 CP que trata do crime de quebarantamento de pena. No entanto, parece ser conveniente considerar exclusivamente este testemunho quando a pena de trabalhos em benefício da comunidade descumprida tenha sido imposta como pena *principal*, já que, no caso de que esta tenha sido substituta, o principio da especialidade obriga que se aplique o artigo 88.2 CP que estabelece que o descumprimento da pena substituta, acarreta a aplicação da pena de prisão inicialmente imposta.

Com relação ao sistema de descumprimento e conversão da pena de prestação de serviços à comunidade no Brasil, indaga-se que a hipótese prevista na alínea a) do artigo 181, § 1º, da LEP, refere-se a *duas* situações distintas. A *primeira* quando o condenado respondeu regularmente ao processo. Contudo, no encerramento do feito, quando da intimação da sentença definitiva, para o seu cumprimento, o apenado não é encontrado. *Outra* é a situação do réu revel, ou seja, daquele que já se fizera revel no transcorrer do processo. Apesar de ter demonstrado seu despreço pela justiça ao manter-se revel, mesmo assim se lhe oferece uma última oportunidade para beneficiar-se com uma sanção alternativa, intimando-se-o por meio de edital. Assim, somente após o desatendimento desse derradeiro chamado, terá lugar a conversão à pena de prisão. No entanto, observa-se que a normativa trata com mais rigor aquele que esteve sempre atento ao processo, verificando-se inegavelmente um tratamento discriminatório. Ignora-se o fato de ter havido razões justificáveis que o levaram a trocar de domicílio, sem que isso possa representar a intenção de burlar a Lei. Nesse caso, em homenagem ao princípio fundamental da ampla defesa e do contraditório, deve-se oportunizar também a intimação via edital para, só então, em não havendo comparecimento, decretar-se a conversão da prestação de serviços à comunidade em prisão.⁷¹¹

Com relação à alínea c) do mesmo dispositivo legal, somente a *recusa injustificada* pode acarretar a conversão. No entanto, não se pode olvidar que a Lei penal prevê que devem as “*tarefas ser atribuídas segundo a aptidão do condenado*”, ou seja, de acordo com a capacitação profissional do indivíduo. Assim, desrespeitar as habilidades pessoais seria atentar em parte o dom natural da pessoa, que encontra prazer na realização da atividade que conhece ou aprendeu a desempenhar. Logo, embora comparecendo ao local, pode recusar-se a desempenhar a atividade que lhe foi imposta por desconhecê-la ou não saber realizá-la. Dessa forma, exigir que o faça, apesar de inapto a tarefa, corresponde a uma situação degradante, repugnada pelo Direito. Logo, a eventual recusa, nessa hipótese, é plenamente *justificada* e não pode originar a conversão em pena de prisão por razões de coerência e justiça.

⁷¹¹ Nesse sentido, BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p. 180.

VI. Os direitos laborais em matéria de seguridade social e prevenção de riscos laborais

Somente na concepção de Estado social e democrático de Direito é que se pode atribuir qualquer Direito a um condenado por qualquer tipo de pena. Referente à pena de trabalhos em benefício da comunidade, o legislador brasileiro não exteriorizou no texto do artigo 46 do Código penal nenhum Direito ao prestador do serviço, a não ser de maneira muito *tímida*, em que estabeleceu no § 3º do mesmo artigo que tal sanção não deve prejudicar a jornada normal de trabalho. Nesse sentido, GOMES ressalta que o correto seria fazer uma apólice de seguro *durante o tempo* da prestação do serviço, para a cobertura de eventual acidente. Em princípio, não havendo seguro, o responsável pelo acidente seria o próprio Estado, uma vez que o sujeito se encontra cumprindo uma pena e por isso o Estado obtém sua custódia.⁷¹²

Esse pretexto parece ser muito ingênuo para qualificar a pena de prestação de serviços à comunidade como uma sanção moderna, capaz de nutrir todas aquelas circunstâncias exigidas pelos textos internacionais que visam modular a humanização do Direito penal.⁷¹³ Pois, diante de tal argumento de quem seria a obrigação de pagar o seguro? Claro está que no Brasil estas modalidades de seguro, somente podem ser adquiridas por pessoas que possuem um *elevado* poder aquisitivo. Sabe-se também que geralmente as pessoas condenadas a este tipo de pena tampouco tem condições para pagar esse tipo de “benefício”, e desse modo, se obrigados a pagar, o mesmo *preferiria* substituir a pena principal pela pena de multa, o que acarretaria um sério problema na questão aplicativa e creditória da pena de prestação de serviços à comunidade.

⁷¹² GOMES, *Penas e medidas alternativas a prisão*, p. 151. Da mesma forma encontram-se o pensamento de JESUS, *Penas alternativas*, p. 162.

⁷¹³ Como por exemplo, a regra 68 das Regras Europeias sobre sanções e medidas comunitárias aprovadas pela Recomendação (92) 16 do Comitê de Ministros do Conselho de Europa, prevê a adequação das condições de trabalho e de ocupação dos condenados à pena de trabalho em benefício da comunidade ao que disponham as legislações nacionais em matéria de seguridade e saúde.

Não se pretende com isso, defender a idéia de que o condenado à pena de prestação de serviços à comunidade venha a receber salário ou qualquer outro benefício inerente ao trabalhador com vínculo empregatício, mas sim, protestar contra qualquer ação arbitrária por parte do Estado brasileiro ao não conceder nenhuma proteção ao prestador dessas atividades.

Talvez o legislador brasileiro nesse assunto, devesse espelhar-se no legislador espanhol, pois ainda que sejam inúmeras as críticas por parte da doutrina espanhola sobre esse tema, convém comentar que numa análise comparativa a ser abordada, a legislação brasileira que move o conteúdo da pena de prestação de serviços à comunidade tem muito que desenvolver-se se comparada à espanhola, sobretudo nesse caso. Mesmo que em algumas ocasiões os legisladores espanhóis tenham exagerado em mencionar alguns pressupostos básicos, tornando-os na maioria das vezes redundantes⁷¹⁴, pode-se dizer que procederam de maneira *cuidadosa*, evitando, assim, diversos conflitos interpretativos de natureza aplicativa, proporcionando, talvez, maior segurança jurídica.

Assim, entre as condições de execução da condena que estabelece o artigo 49 do Código penal espanhol, se recorre ao fato de que o “*condenado gozará da proteção dispensada aos condenados pela legislação penitenciária em matéria de seguridade social.*” O RD 15/2005 reitera a extensão da proteção da Seguridade Social, omitindo a referência à legislação penitenciária, e a amplia à proteção da “*normativa laboral em matéria de prevenção de riscos laborais.*”

A ampliação da proteção do regime da Seguridade Social aos condenados aproxima-se ao conteúdo do artigo 25.2 da Constituição espanhola, que determina que o condenado à pena de prisão “*em todo caso terá direitos a um trabalho remunerado e aos benefícios correspondentes da Seguridade Social.*”⁷¹⁵ O mesmo pode ser

⁷¹⁴ TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, p. 136.

⁷¹⁵ Vid. GARCÍA ARÁN, CJ 38 (1996), p. 48.

percebido na normativa brasileira que no artigo 39 do Código penal estabelece que *“o trabalho do preso sempre será remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Seguridade Social”*. Apesar de que os preceitos se refiram expressamente aos condenados à pena de prisão, a analogia entre o trabalho penitenciário e o trabalho em benefício da comunidade permitiria a extensão destes supostos não compreendidos nas normativas.

Enquanto que a referência do artigo 11 do RD 515/2005 espanhol é um complemento do artigo 49, a mesma referência não deixa de estar conectada à proteção descrita na normativa penitenciária, uma vez que o artigo 26 f) da LOGP dispõe, entre as condições do trabalho penitenciário que este *“gozará da proteção dispensada pela legislação vigente em matéria de Seguridade Social.”*⁷¹⁶

Não obstante, a LOGP não complementa nenhuma disposição que desenvolva a proteção em matéria de Seguridade Social aos condenados a pena privativa de liberdade que desempenham trabalho penitenciário. Tampouco o faz o RD 190/1996, que se limita no artigo 134.7 a afirmar que *“as atividades laborais a que se refere o apartado 1 deste artigo, gozarão da ação protetora da Seguridade Social estabelecida na legislação vigente para os reclusos enquadrados na relação laboral penitenciária.”*

Conforme ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, o disposto no artigo 49 do Código penal espanhol, reiterado e ampliado no artigo 11 do RD 515/2005, implica que nos casos de enfermidade laboral ou acidente laboral, o condenado a trabalhos em benefício da comunidade gozaria do Direito à assistência sanitária. No entanto, muitos direitos reconhecidos pela normativa da Seguridade Social estão em função da remuneração percebida pela atividade desempenhada e a correspondente cotização à Seguridade Social.⁷¹⁷ Dessa forma, a distinção do trabalho penitenciário para o trabalho em

⁷¹⁶ MANZANARES SAMANIEGO/ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, AP (1996), pp. 499 e 500.

⁷¹⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CPC 70 (2000), p. 32.

benefício da comunidade é que este não é um trabalho remunerado. No entanto, estes condenados não poderão acender àqueles direitos relacionados à percepção de um salário.⁷¹⁸

De acordo com o artigo 21 da Lei 55/1999, de 29 de dezembro⁷¹⁹, de Medidas Fiscais, Administrativas e da Ordem Social, cabe ao governo regular a proteção da Seguridade Social aos condenados a trabalhos em benefício da comunidade. Esta proteção veio regulada no capítulo IX do Real Decreto 782/2001, de 6 julho, dispondo que *“pelo que se regula a relação laboral de caráter especial dos condenados que realizem atividades laborais em estabelecimentos e a proteção da Seguridade Social dos submetidos a penas de trabalhos em benefício da comunidade”*, vem dedicados a esta matéria, assinalando-se em seu artigo 22 que *“os sentenciados a pena de trabalhos em benefício da comunidade que estejam cumprindo a mesma, unicamente estarão incluídos na ação protetora da Seguridade Social a efeitos das contingências de acidente de trabalho e enfermidade profissional.”* Já o artigo 23 acrescenta descrevendo que *“as pessoas jurídicas, em cujo âmbito de organização e direção de ditos condenados realizem o trabalho, cotizarão pelas contingências de acidentes de trabalho e enfermidades profissionais aplicando a tarifa de primas vigente ao tope mínimo de cotização, e cumprirá as demais obrigações para com a Seguridade Social.”*

⁷¹⁸ Para SOLER ARREBOLA, RATBS 63 (2002), p. 68, resulta criticável que se queira regulamentar em um mesmo Real Decreto situações tão distintas como o trabalho que se desempenha em um ambiente fechado e o trabalho penal em liberdade.

⁷¹⁹ Art. 21: *“O governo regulará as relações laborais de carater especial dos condenados que realizem atividades laborais em estabelecimentos penitenciários. Na referida regulação se estabelecerá um marco de proteção da Seguridade Social, deste coletivo, de acordo com suas especiais características. Às cotizações da Seguridade Social que haverão de efetuar-se pelas contingências cuja cobertura se estabeleça, se lhes aplicarão as bonificações gerais que outorguem a favor dos trabalhadores com especiais dificuldades de inserção laboral ou as que especificamente se fixem para este coletivo. O governo regulará, assim mesmo, a proteção de Seguridade Social dos submetidos à pena de trabalhos em benefício da comunidade”* (BOE n. 312, de 30 de dezembro de 1999).

Agregado a tudo isso há que unir a garantia de proteção em matéria de prevenção de riscos no trabalho a que se determina no número 2 do artigo 11 do RD 515/2005, pelo que haverá de estar à normativa geral aplicável nessa matéria.⁷²⁰ Ademais, o artigo 23 RD 782/2001 determina que as cotizações por estas contingências as realizarão as pessoas jurídicas em cujo âmbito de organização e direção se encontra a pessoa condenada. Esta disposição tão exígua, conforme OLARTE HURTADO gera dúvidas onde na prática não se saiba muito bem quem deve cotizar por estas pessoas se a Administração ou a entidade colaboradora. Assim mesmo, há dúvidas razoáveis de que na prática essa cotização se realize, já que não se informa às pessoas condenadas sobre essa eventualidade, aparte dos problemas concretos surgidos quando a pessoa que deve cumprir a pena é imigrante e se encontra em situação administrativa irregular.⁷²¹

Por estes motivos, levando em consideração o grau de proteção que há que oferecer às pessoas condenadas enquanto estão desenvolvendo a atividade em cumprimento desta pena, seria recomendável uma reforma legislativa que definisse claramente a quem deve competir essa cotização. Nesse sentido, nada mais justo outorgar essa competência à Administração, pois talvez se tenha que considerar a escassez de recursos materiais que caracterizam às entidades colaboradoras, principalmete quando se trata de instituições que não visam diretamente ao lucro.

⁷²⁰ Como por exemplo, a Lei 31/1995, de 8 de novembro, de *Prevenção de Riscos Laborais* e outro arsenal de Reais Decretos de desenvolvimento e complementação como: RD 485/1997, 486/1997 e 488/1997, de 14 de abril e 773/1997, sobre disposição mínimas de seguridade e saúde em distintas atividades laborais. Vid., nesse sentido, TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, p. 137.

⁷²¹ OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*, p. 327.

§ 6. Avaliando a experiência da sanção de trabalhos em benefício da comunidade

I. Introdução

De certa forma, se mencionou que não há muitas informações sobre alguns programas de âmbito político criminal que foram realizados na Espanha, porém se sabe que a *Generalitat da Catalunha*, através da *Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives* vêm sendo responsável pelo controle ou tratamento de uma pena ou medida alternativa imposta pelo magistrado ou tribunal desta Comunidade Autônoma⁷²² ao condenado por um delito e, desta forma se buscará mostrar alguns números com o intuito de realizar a comparação com algumas pesquisas realizadas também no contexto brasileiro.

A SAP e SERT desenvolvem conjuntamente, desde o ano de 1997 o “Programa Integrado de Prestação de Serviços à Comunidade”, através da Portaria n. 08/1997 da Vara de Execuções Criminais. A SAP foi encarregada de receber, encaminhar e acompanhar a execução dos condenados à pena de trabalhos em benefício da comunidade, cujo credenciamento teve vigência a partir de 1º de outubro de 1997. Inicialmente o programa contava com 770 vagas em 1997 e até agosto de 1998 o Programa já havia contado com 1.237 postos.⁷²³ As vagas são capturadas junto aos organismos da Administração pública do Estado de São Paulo: Secretarias da Administração Penitenciária, da Agricultura e Abastecimento, Meio Ambiente, Saúde e Relações do Trabalho. Outras vagas também são negociadas com as Secretarias de Cultura e de Educação tanto na capital do Estado como no interior.

⁷²² Em www.gencat.net/justicia/justicia/mesures/mesures_penals/index. Acesso em 13.08.2005. Importante mencionar que a Catalunha é a única Comunidade Autônoma que recebe desde o Estado central as competências em matéria penitenciária.

⁷²³ KAHN, IBCCrim (1998), p. 287.

Desde os primeiros instantes, houve certa preocupação por parte das entidades com relação à questão do acompanhamento sistemático do programa, avaliando, entre outras investigações o perfil do condenado e opinião das pessoas que fazem a investigação com o fim de melhorar ainda mais a implantação da idéia. Nesse sentido, o ILANUD, foi chamado a esta tarefa investigativa, aonde em conjunto com a SAP e SERT, vem acompanhando o desenvolvimento do programa através de entrevistas com os condenados prestadores dos serviços. Todo este estudo busca atender o item VIII, arts. 20.1 a 20.3 das *Regras de Tóquio*⁷²⁴, que conforme os termos do documento, os países membros devem formular políticas públicas nesse setor. Para isso, a investigação realizada foi conduzida por KAHN⁷²⁵, coordenador de investigações do próprio ILANUD.

II. Perfil Socioeconômico e demográfico dos prestadores

A. Sexo

Segundo o estudo do ILANUD, a grande maioria dos condenados à pena de prestação de serviços à comunidade é do sexo *masculino* (igualmente em Catalunha, onde em um total de 147 execuções, 123 eram homens e 24 mulheres conforme o senso de 2002 da *Generalitat*⁷²⁶), confirmando a constatação universal do maior envolvimento do homem em atividades criminais. Comparando com o sistema prisional, os homens também são a maioria absoluta da população carcerária, constituindo 97% do total que cumprem a pena em regime fechado. Por outro lado,

⁷²⁴ Art. 20.1. Como aspecto essencial do processo de planificação, será o possível para que as entidades tanto públicas como privadas colaborem na organização e o fomento da investigação sobre a aplicação aos delinquentes de um regime não privativo de liberdade. Art. 20.2. Far-se-á investigações periódicas dos problemas que afetam aos destinatários das medidas, os profissionais, a comunidade e os órgãos normativos. Art. 20.3. Dentro do sistema de justiça penal se criarão mecanismos de investigação e informação para reunir e analisar dados e estatísticas sobre a aplicação aos delinquentes de um regime não privativo de liberdade.

⁷²⁵ KAHN, op.cit., p. 288.

⁷²⁶ Informação disponível em: www.gencat.net/justicia/justicia/mesures/mesures_penals/index. Acesso em 13.08.2005.

cabe ressaltar que a porcentagem de *mulheres* prestando serviços comunitários é muito superior à porcentagem de mulheres que cumprem a pena em regime fechado, que é de 3%. Leva-se em conta que as mulheres costumam praticar crimes *mais leves* que os homens e que a prestação de serviços à comunidade é destinada àqueles que cometem crimes leves e culposos. Nesse sentido, é possível a explicação para a diferença de proporção de mulheres no regime fechado e cumprindo penas alternativas. Em regra geral, segundo a investigação, quanto mais leve o tipo de crime praticado, *maior* é a proporção de mulheres. É possível também que o Poder judiciário prefira evitar condenar mulheres ao regime fechado quando esta tiver filhos, ou seja, essencial para a manutenção da família. Como o sistema de prestação de serviços comunitários tanto homens como mulheres não rompem os contatos com a família, tampouco com a sociedade, no entanto, os juízes encontram menos problemas a conceder este tipo de pena em direção às mulheres.⁷²⁷

B. Faixa etária

A investigação também comprova que os *jovens* formam a maior parcela dos envolvidos com a justiça penal. No sistema penal paulista e, sobretudo brasileiro, a maioria possui menos de trinta anos de idade. Entre os condenados a pena de prestação de serviços à comunidade, cerca de 42% nasceu entre 1968 e 1978, significando que a maioria dos condenados a esta modalidade de pena possui mais de trinta anos de idade. Aqueles com mais de quarenta anos de idade correspondem a 21% deles. Na Catalunha, os jovens também são os que mais recebem a sanção. 44,73% possuem menos de quarenta anos e aqueles com mais de quarenta anos não ultrapassa os 25%. É surpreendente o índice de pessoas entre os cinquenta a sessenta anos a sofrer tal pena, 10,06%.⁷²⁸ Em suma, a média de idade entre os prestadores é superior à média de idade dos condenados ao regime cerrado. Assim como na situação das mulheres, este perfil mais envelhecido tem alguma relação com a

⁷²⁷ KAHN, op.cit., p. 288.

⁷²⁸ Informação disponível em: www.gencat.net/justicia/justicia/mesures/mesures_penals/index. Acesso em 13.08.2005.

natureza da pena, pois os jovens estão envolvidos mais intensamente nos crimes mais violentos. Esta relação tem a ver com o fato de que com o passar dos anos, as pessoas obtêm maior estabilidade social: emprego, casamento, filhos, etc. Assim, se entende que este tipo de condenado possui lugar no mundo (lugar que poderia desaparecer se lhe fora aplicada a pena de prisão), de modo que esse pressuposto incentiva os juízes a impor penas alternativas que substituem a prisão. A idade também está relacionada ao *estado civil* do condenado, pois quanto maior a população, menor a probabilidade de existência de indivíduos solteiros. O regime fechado no Estado de São Paulo tem aproximadamente 54% de pessoas solteiras (conforme dados de 1994), já, entre os prestadores se encontra apenas 37%. Analisando a questão de outra forma, os legalmente casados representam 39% dos prestadores, enquanto formam um contingente de apenas 16% entre os presos em regime fechado. Esta diferença no perfil do estado civil está basicamente vinculada ao fator idade segundo a mesma pesquisa.⁷²⁹

C. Grau de instrução

Os prestadores de serviços à comunidade também possuem grau de instrução superior aos de presos em regime fechado em quase todos os níveis. Há entre os prestadores 14% de pessoas com curso superior completo ou incompleto, nas prisões paulistas e nas demais do país, esta proporção não alcança a 1%. Em contrapartida, apenas 32% dos prestadores declararam ter curso primário ou menor escolarização, enquanto que cerca de 75% dos presos estão na faixa de escolaridade. De acordo com estes fatos, se supõe que a renda dos prestadores seja igualmente superior ao de presos, pois instrução e renda estão geralmente associadas. Não existem informações mais concisas sobre o nível de rendimento dos presos, já a respeito dos prestadores, estes obtêm uma parcela de 9% com rendimentos superiores a 20 salários mínimos e uma pequena parcela situada nas faixas abaixo dos dois salários.⁷³⁰ De todas as

⁷²⁹ KAHN, op.cit., pp. 289 e 290.

⁷³⁰ KAHN, op.cit., p. 290.

formas, estes dados vêm a confirmar o fato de que a prisão está destinada aos *pobres* e deste modo, as penas alternativas abrem as portas para que os mais abonados também cumpram penas, diminuindo a impunidade com relação aos crimes cometidos por pessoas que se encontram na classe média.

Até o momento, pelo perfil visto, em contraste com os presos em regime fechado, entre os prestadores de serviços comunitários existem mais mulheres, mais casados, pessoas mais velhas, mais educadas e possivelmente com mais rendas. Conforme o estudo do ILANUD, este resultado já era esperado, em função da natureza dos crimes sancionados com penas privativas de direito. Também é importante perceber estes perfis diferenciadores por alguns motivos básicos: em *primeiro lugar*, para facilitar ainda mais a aceitação das penas alternativas na sociedade, ensinando que não se trata de criminais comuns, mas em geral de pessoas que eventualmente, vieram a cometer delitos menos graves. Esta colocação é fundamental para que se desenvolva mais e melhores vagas de trabalho para os condenados a esta sanção, melhorando e desenvolvendo o programa.⁷³¹

D. Religião

A grande maioria dos prestadores declarou pertencer à religião *católica* e logo, um grupo menor de evangélicos. As demais religiões são estatisticamente insignificantes entre elas. Deste modo, a distribuição religiosa do grupo parece seguir a mesma tendência encontrada na sociedade brasileira de modo geral, onde poucos declararam pertencer a nenhuma religião.⁷³²

⁷³¹ KAHN, op.cit., pp. 290 e 291.

⁷³² KAHN, op.cit., p. 291.

E. Raça

Os *brancos* também são a maioria entre os prestadores de serviços à comunidade, bem como no sistema prisional. Há, todavia, proporcionalmente mais indivíduos brancos entre os prestadores (68%) que entre os presos (55%). Inversamente proporcional, encontramos mais *pardos* e *negros* entre os carcerários: os negros representam 15% da população carcerária paulista e apenas 10% dos prestadores; já os pardos constituem 30% da população carcerária enquanto que 18% cumprindo pena de trabalhos em benefício da comunidade. Outra hipótese é que os indivíduos de cor não branca recebem condenações mais *duras* que recebem os brancos, pelos mesmos tipos de crime.⁷³³

F. Situação laboral no momento do cumprimento da pena

Outra observação importante feita na investigação indica que 80% dos prestadores estavam trabalhando no momento da entrevista. A taxa de prestadores buscando emprego (15%) é muito parecida com a taxa de desemprego dos trabalhadores do Estado de São Paulo. Isso significa que apesar das horas que tem que cumprir semanalmente, o programa de prestação de serviços à comunidade não inviabiliza a vida profissional dos condenados, ainda que possa acarretar uma diminuição da renda, a verdade é que o condenado provê seu próprio sustento e de sua família ao invés de ser sustentado pela sociedade.⁷³⁴

É notável que na condenação ao regime fechado, frequentemente, as famílias dos condenados acabam por sofrer conjuntamente as consequências da cárcel, ainda mais se esta pessoa é casada e tem filhos. Por outro lado, entre os prestadores de serviços à comunidade, cerca de 43%, contribuem com mais de 80% para a renda familiar. Isso significa que estas famílias ficariam em uma situação muito delicada em caso de que

⁷³³ KAHN, op.cit., p. 291.

⁷³⁴ KAHN, op.cit., p. 291.

estes indivíduos tivessem presos. No entanto, as penas alternativas, segundo a pesquisa, são sem dúvida uma solução não somente para os prestadores como também para aqueles que dependem dele diretamente e não cometeram nenhum crime.⁷³⁵

III. Perfil criminal dos prestadores

A. Espécies de delitos praticados

Sobre o perfil dos condenados à pena de trabalhos em benefício da comunidade, no Brasil, a investigação comprova que o *furto* (igualmente na Catalunha) é o motivo mais freqüente para a condenação, a maioria deles de pequeno grau de periculosidade. O *segundo* motivo é o crime de homicídio culposo (na maior parte em acidentes de trânsito) e na mesma proporção, das lesões corporais, estelionato e roubo.

Na *Catalunha*, o perfil criminal dos prestadores é um pouco distinto ou talvez os juízes apliquem a sanção a outros tipos de delitos, conforme comprovam os seguintes dados: Em um total de 147 execuções de trabalho em benefício da comunidade em 2002, 9 indivíduos cometeram crimes contra a liberdade (6,12%); 4 contra a honra (2,72%); 7 contra as relações familiares (4,76%); 12 contra a segurança coletiva (8,16%); 3 contra a Administração de justiça (2,04%); 7 contra a ordem pública (4,76%); 26 por lesões (17,68%); 62 contra o patrimônio (42,17%); 6 outros delitos ou faltas (4,08%) e em 11 não consta o delito ou a falta.⁷³⁶

Com relação ao tempo de cumprimento da pena, a investigação do ILANUD observa que a maioria dos prestadores recebeu penas entre 6 e 12 meses de serviços à comunidade. Também observou que são relativamente raras as penas com duração

⁷³⁵ KAHN, op.cit., p. 292.

⁷³⁶ Informação disponível em: www.gencat.net/justicia/justicia/mesures/mesures_penals/index. Acesso em 13.08.2005.

inferior a três meses, bem como as superiores a 18 meses e que grande parte dos prestadores entrevistados que receberam penas superiores a um ano, são os que cumprem o primeiro ano da *condicional*⁷³⁷, uma vez que dificilmente um condenado a pena privativa de direito receba uma pena muito larga.⁷³⁸

IV. Avaliação dada pelos prestadores

A. Com relação à sanção mais adequada a ser imposta em certos casos

A investigação questionava aos entrevistados qual a punição que deveria ser imposta a um jovem condenado pela segunda vez por roubo de uma televisão a cores. A maior parte dos entrevistados (63%) recomendou que o jovem fosse condenado a pena de prestação de serviços à comunidade, com apenas 31% sugerindo seu envio à prisão em regime fechado superior a um ano.⁷³⁹ Cabe recordar que de acordo com a Lei brasileira, este jovem por ser reincidente e por haver praticado um crime violento contra a pessoa, *não* poderia beneficiar-se do serviço comunitário e por tanto, muito provavelmente acabaria na prisão.

Este mesmo questionamento foi feito em dezembro de 1997 na pesquisa de vitimização ILANUD/DATA FOLHA e na ocasião, 55% dos 2.500 entrevistados elegeram a pena de prestação de serviços à comunidade para a solução do jovem reincidente. No entanto, se observa que a grande aceitação das penas alternativas entre aqueles que se envolveram com a justiça e receberam uma pena alternativa como sanção. Esta aceitação generalizada se deve ao fato do sentimento comum de

⁷³⁷ No Brasil, a pena de prestação de serviços à comunidade é aplicada também, durante o primeiro ano da condicional explicando de certa forma a presença entre os condenados a dita pena por roubo e/ou outros crimes mais graves.

⁷³⁸ KAHN, op.cit., p. 293. Ver também nesse sentido, BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, p. 144 e ss; ROBALDO, *Penas e medidas alternativas*, pp. 123 e ss; NEVES, *Penas restritivas de direitos*, pp. 170 e ss.

⁷³⁹ KAHN, op.cit., pp. 293 e ss.

que as prisões não recuperam ninguém e que uma das medidas mais apropriadas para compensar o mal causado à sociedade é a retribuição pelo trabalho comunitário.

Outro indicador da boa aceitabilidade desta pena é o fato de que apenas uma minoria dos prestadores (4%) omitiu totalmente a condição de haver recebido esta condenação. Outros tantos buscaram restringir o fato ao ambiente familiar (21%), mas a maior parte dos prestadores parece não ter restrições em comentar o ocorrido.

B. Se a aplicação é justa ou injusta

Em relação a seu próprio delito, os prestadores entrevistados deveriam contestar se consideravam a pena imposta justa ou injusta. Enquanto uma maioria de 59% considerou justa ou parcialmente justa, grande parte dos prestadores (38%) avaliou como injusta a pena imposta pela justiça. Os motivos são os mais variados: alguns disseram que não cometeram delito algum, outros disseram que quando cometeram não estavam sós e foram os únicos julgados.⁷⁴⁰

Na verdade, *muitos* questionam a pena de trabalhos em benefício da comunidade em seu caso particular, mas a maioria dos entrevistados (90%) concordou com a afirmativa que a imposição da pena alternativa é positiva para o infrator e para a sociedade. Na questão de natureza projetiva, perguntaram-se aos prestadores quais são os fatores que levariam a alguém que foi condenado às penas alternativas a reincidir. Esta era uma questão de múltipla escolha e as respostas se subdividiram em três grandes grupos. Como um grande número de indivíduos foi condenado por crimes culposos, eles se encontraram sobre a alternativa “acidente” (9,3%), como um fator que poderia levar uma nova condenação. A falta de apoio da família ou falta de condições durante o cumprimento da pena foram também relatadas por alguns poucos como causa da reincidência.

⁷⁴⁰ KAHN, op.cit., p. 293.

A pena de prestação de serviços à comunidade foi planejada de forma a não prejudicar as atividades normais do prestador, seja no trabalho, no estudo ou em seu convívio familiar. A investigação buscou saber em que medida as horas semanais ao serem cumpridas molestavam a vida dos prestadores e 58% deles responderam que não molestava em nada, 33% que atrapalhava em alguma medida e uma minoria de 8% que se sentia muito prejudicado. A principal observação dos prestadores que trabalham como autônomos é de que a prestação de serviços à comunidade implica em “menos tempo para ganhar dinheiro”. Para aqueles com trabalho fixo, há ao menos a necessidade de renegociar o contrato com seu patrão. Os que estão sem trabalho disseram que a pena é um “fator que dificulta no momento de buscar emprego” e finalmente, os que cumprem pena nos fins de semana reclamam da “falta de tempo para descansar ou para passar com a família”.⁷⁴¹

C. Relação no ambiente onde se executa a pena

O programa de prestação de serviços à comunidade estabelecido pelo ILANUD em conjunto com a SAP e SERT teve como finalidade sensibilizar as entidades que oferecem vagas para que o prestador, na medida do possível, seja tratado como qualquer outro funcionário do setor em que trabalha. A orientação é que apenas o chefe imediato saiba da situação do prestador e que não haja nenhuma *distinção* entre o prestador e os funcionários. Em geral, os companheiros de trabalho sabem que se trata de um prestador que está cumprindo uma pena e, mesmo que desconheçam os detalhes do processo, a reação é boa. Nenhum dos entrevistados reclamou de maltrato por parte dos companheiros e a imensa maioria (96%) relatou um tratamento cordial por parte dos companheiros. Também cerca de 72% dos prestadores avaliou a vaga recebida como adequada a sua capacidade profissional e somente 2% reclamou que seu posto não era compatível com sua capacidade. Cerca de um quarto deles relata que as vagas que estão incompatíveis com sua aptidão profissional, poderiam ser aproveitadas de outra maneira.⁷⁴²

⁷⁴¹ KAHN, op.cit., p. 294.

⁷⁴² KAHN, op.cit., p. 294.

V. A experiência brasileira sobre execução de penas alternativas: Investigação do ILANUD Brasil

A investigação apresenta parte dos resultados nacionais sobre execução de penas alternativas, realizada nos anos de 2004 e 2005, nas varas e serviços especializados em algumas das principais cidades brasileiras.⁷⁴³ Ao buscar conhecer o estágio de implementação e de consolidação de uma política pública de alternativas à prisão, foi possível, segundo TEIXEIRA/MATSUDA, refletir sobre em que dimensão ocorrem os maiores problemas para sua ampliação e efetivação, se nas deficiências físicas e estruturais que o sistema penal prolonga, nos impedimentos legais ou ainda na ordem de representações e resistências dos autores envolvidos na aplicação e execução destas modalidades de penas no Brasil.⁷⁴⁴

A. O cumprimento das atividades no local de trabalho

De acordo com a pesquisa, a condenação do indivíduo a um trabalho em benefício da comunidade acarreta a condução do mesmo a uma entidade para o cumprimento da pena. Na maioria dos casos, a entidade para o qual há o encaminhamento é um lugar público (escolas, hospitais, repartições públicas, cemitérios). Em menor escala o encaminhamento do prestador de serviços pode ser destinado a uma associação sem fins lucrativos e, inclusive, em locais privados, significando uma *distorção* nas finalidades da pena ou, ainda da existência de uma rede social de entidades bem construída para a execução da pena.⁷⁴⁵

⁷⁴³ A investigação foi realizada entre dezembro de 2004 e dezembro de 2005 pelo ILANUD, em virtude do convênio celebrado com o DEPEN. A proposta da investigação foi produzir um retrato dos sistemas de execução de penas alternativas a partir de um estudo quantitativo e qualitativo em nove capitais brasileiras: Belém, Belo Horizonte, Campo Grande, Curitiba, Fortaleza, Porto Alegre, São Paulo, Recife, Salvador e no Distrito Federal. Vid. TEIXEIRA/MATSUDA, RBCC 69 (2007), pp. 280 e 281.

⁷⁴⁴ TEIXEIRA/MATSUDA, RBCC 69 (2007), p. 311.

⁷⁴⁵ TEIXEIRA/MATSUDA, op.cit., p. 311.

As atividades que são comumente desempenhadas pelos prestadores são a de auxiliar de serviços gerais e de auxiliar administrativo, em razão de uma associação entre o perfil profissional da maioria dos condenados, que exercem atividades que requeiram pouca qualificação, e da própria inexistência de vagas que se alojem dessas categorias. Também conforme o estudo, a distribuição entre auxiliares de serviços gerais e auxiliares administrativos se dá da seguinte forma: em São Paulo, são 64% e 15%, em Porto Alegre, 59% e 31,6%, em Fortaleza, 67% e 21,6%, respectivamente.⁷⁴⁶

B. Fiscalização das atividades

A fiscalização do cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade se baseia no preenchimento de *informes* de frequência em grande parte das cidades estudadas, como São Paulo (79%) e em Porto Alegre (95,7%) e Fortaleza (34,5%). Na tentativa de compreender com mais exatidão o trâmite adotado pelas varas e pelos serviços de apoio à execução de penas alternativas, sobretudo no caso da pena de prestação de serviços à comunidade, se procedeu a reconstrução do procedimento, levando em conta a totalidade das execuções por esta pena, desde o momento da formação do processo de execução. Assim, foi possível ter a dimensão dos grandes afunilamentos no cumprimento e de suas causas, ainda que os processos de execução estivessem em andamento quando se fez a coleta para a investigação.⁷⁴⁷

Em relação a Porto Alegre e Fortaleza, a investigação observou altos percentuais de mandados cumpridos, 92% e 82,5%, respectivamente. Em São Paulo, apenas 56,5% dos mandados são cumpridos, uma vez que se constatou uma grande porcentagem de condenados que não foram encontrados para cumprirem a execução da pena em 15,5% dos casos.⁷⁴⁸

⁷⁴⁶ TEIXEIRA/MATSUDA, op.cit., p. 311.

⁷⁴⁷ TEIXEIRA/MATSUDA, op.cit., p. 312.

⁷⁴⁸ TEIXEIRA/MATSUDA, op.cit., pp. 312 e 313.

C. Valoração

Para finalizar, a modalidade de pena alternativa que apresenta maior incidência de aplicação em todas as cidades é a pena de prestação de serviços à comunidade e em praticamente todas elas com percentuais bastante superiores à segunda espécie mais aplicada, a multa. Acredita-se que dito resultado seja um reflexo direto da política que vem sendo implementada ao largo dos últimos anos e sua maior divulgação tem um papel fundamental para o fortalecimento, a efetivação da aplicação da execução das penas alternativas no Brasil.⁷⁴⁹

⁷⁴⁹ TEIXEIRA/MATSUDA, op.cit., pp. 318 e 319.

§ 7. Recapitulação, reflexões e propostas político criminais sobre a aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade

I. Introdução

Revisada toda a normativa passada e vigente da pena de trabalhos em benefício da comunidade nos ordenamentos penais de Espanha e Brasil, se propõe à continuação, promover a análise de uma tripla questão. A *primeira* baseada na experiência applicativa da pena de trabalhos em benefício da comunidade desde a sua introdução no Código penal espanhol em 1995 e no Código penal brasileiro em 1998. Para tanto se viu pertinente a análise de investigações realizadas pela *Generalitat da Catalunya* e pelo *ILANUD Brasil* com o intuito de traçar parâmetros comparativos entre os dois países sobre os mais diversos perfis da pena de trabalhos em benefício da comunidade. A *segunda* baseada no lugar em que esta pena vem ocupando dentro do sistema punitivo em ambos os ordenamentos, depois de suas mais significativas reformas. E a *terceira* no sentido de tentar criar situações em que de *lege ferenda*, a aplicação da pena se estenda e que condições resultam eminentemente importantes para o alcance de um resultado satisfatório.

II. Análise da experiência applicativa da pena nos ordenamentos de Espanha e Brasil

A introdução de sanções que devam ser cumpridas na comunidade veio motivada em quase todos os países da órbita ocidental por três importantes razões. Em *primeiro lugar*, pelo discurso baseado na vontade de diminuir a utilização das penas privativas de liberdade e reduzir dessa forma os diversos problemas causados nos estabelecimentos prisionais.⁷⁵⁰ Em *segundo lugar*, com o objetivo de colocar a

⁷⁵⁰ Nesse sentido, entre outros, CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.), *Penas alternativas a la prisión*, pp. 12 e ss; SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, pp. 175 e ss; BITENCOURT, *Falência da pena de prisão*, pp. 153 e ss.

§ 7. RECAPITULAÇÃO, REFLEXÕES E PROPOSTAS POLÍTICO CRIMINAIS SOBRE A
APLICAÇÃO DA PENA DE TRABALHOS EM BENEFÍCIO DA COMUNIDADE

disposição do magistrado ou tribunais um leque mais amplo de opções sancionadoras que permitam adequar a resposta penal à gravidade do delito praticado e o grau de culpabilidade do réu no momento da conduta ilícita, sem que se recorra sempre à pena privativa de liberdade.⁷⁵¹ E em *terceiro lugar*, para dirigir a ação da pena não necessariamente a objetivos de punição e de proporcionalidade, mas também a prestar atenção às carências do condenado e da coletividade para que se dê resposta a novas finalidades político-criminais como o da reparação a vítima do delito ou até mesmo à comunidade.⁷⁵² Esses três elementos explicativos do desenvolvimento das penas alternativas à prisão, surgem cronologicamente e não concomitantemente como significado de ação-reação à necessidade, por um lado para dar solução ao problema da superpopulação carcerária e a incapacidade de oferecer um tratamento ressocializador aos internos, e por outro, às próprias deficiências averiguadas em outras sanções alternativas à prisão.⁷⁵³

Nesse sentido, o legislador espanhol e brasileiro, ainda que tardiamente, se mostraram receptivos a mensagem crítica oriunda da doutrina científica frente às penas privativas de liberdade de *curta duração* por um período inferior aos seis meses. Em relação a estas, a doutrina científica se manifestou na esteira do paradoxo que se estabelecia, uma vez que sua duração resultara insuficiente para possibilitar uma intervenção ressocializadora sobre o infrator, mas em contrapartida, mais que suficiente para afetar drasticamente à estrutura pessoal e social do condenado, desorganizando suas responsabilidades pessoais e inclusive, favorecendo o contágio criminógeno dentro dos estabelecimentos penitenciários. Em contrapartida, a legislação penal espanhola de 1995 e a brasileira de 1998, refletem a consciência sobre a necessidade que a adaptação da pena à infração praticada não houvesse de ficar ligada exclusivamente à quantidade de pena aplicada, senão também à natureza da sanção penal. Com esse objetivo, os legisladores de ambos os países introduziram

⁷⁵¹ Vid. WORRAL, *Punishment in the community*, pp. 35 e ss; CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, op.cit., p. 18.

⁷⁵² WORRAL, op.cit., pp. 51 e ss.

⁷⁵³ CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.), *La delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, pp. 21 e ss.

§ 7. RECAPITULAÇÃO, REFLEXÕES E PROPOSTAS POLÍTICO CRIMINAIS SOBRE A
APLICAÇÃO DA PENA DE TRABALHOS EM BENEFÍCIO DA COMUNIDADE

em seus respectivos ordenamentos conseqüências jurídicas que não comportaram necessariamente a afetação da liberdade com a imposição de uma pena de prisão. A legislação colocaria à disposição do poder judiciário novas fórmulas penais que, aplicadas em maior ou menor intensidade, deveriam ser suficientes para comunicar ao condenado a censura merecida àquela infração praticada, bem como para prevenir novas condutas dessa estirpe.

O legislador espanhol de 1995 optou por eliminar do catálogo punitivo as penas privativas de liberdade de curta duração e estabelecer em seu lugar algumas sanções que possuíssem uma nova configuração. Introduziu-se, portanto, a pena de arresto de final de semana e se reestruturou a pena pecuniária que adotava o sistema dos dias multa. Também a pena de trabalhos em benefício da comunidade foi introduzida no ordenamento penal espanhol não como pena direta e sim *ligada* às penas de arresto de final de semana e à falta de pagamento da pena de multa. Já o legislador brasileiro, desde a dicção originária da Lei 9.714/98 decidiu por atribuir a pena de prestação de serviços à comunidade sempre como pena substituta da pena de prisão prevista abstratamente aos tipos penais estabelecidos no Código penal.

Por esse caminho tímido e cauteloso, os trabalhos em benefício da comunidade se integraram no catálogo punitivo dos dois países, conseguindo ao menos, um nível similar ao de outros ordenamentos jurídicos do entorno, que também iam adotando durante as décadas de (19) 70 e 80 esses métodos sancionadores.

Por isso, se pretenderá a continuação valorar qual foi a contribuição trazida pela pena de trabalhos em benefício da comunidade à realização dos fins atribuídos às penas e principalmente à pena privativa de liberdade nos sistemas penais de Espanha e Brasil.

A. Influência da sanção de trabalhos em benefício da comunidade na aplicação da prisão

Discutir o atual estágio de implementação das penas alternativas em nossos países é uma tarefa que impõe uma reflexão sofisticada. Não há como averiguar sucessos ou insucessos de determinada política criminal, ou ainda de determinado aspecto dessa política, sem que se retorne às suas bases de legitimação, ainda que muito brevemente.

No que tange aos antecedentes históricos, não é de hoje que se constata sanções distintas da prisão. Como diria FOUCAULT, é somente a partir do século XVIII que a prisão passa a ser a resposta penal por *excelência*, se sobrepondo sobre as demais modalidades de pena até então em vigor e alastrando toda sua natureza a todos os segmentos da vida social. O surgimento da pena de prisão está, portanto, inserido no contexto de tentativa de racionalização das práticas punitivas, fruto do pensamento liberal. Dessa forma, permeia um fundo suplicante nos modernos mecanismos da justiça criminal – fundo que não está inteiramente sob controle, mas envolvido, cada vez mais amplamente, por uma penalidade do incorporal.⁷⁵⁴ Vale dizer, embora exista uma mudança na finalidade da sanção (da vingança à disciplina dos corpos) persiste o sofrimento produzido pela pena estatal, principalmente pela prisão, que vem sendo, há muito tempo, alvo de severas críticas.

A necessidade de limitar a utilização da pena de prisão como resposta punitiva para a maioria de delitos se faz especialmente clara quando se verifica o incremento constante da população interna em estabelecimentos prisionais e, em especial, também diante da evidência de uma falta de relação entre a severidade do sistema de penas empregado e a evolução ou redução da delinquência. Nesse sentido, alguns

⁷⁵⁴ FOUCAULT, *Vigiar e punir*, p. 18.

estudos empíricos⁷⁵⁵ demonstraram que a inocuidade de um *volum crescente* da população não repercute necessariamente na diminuição da criminalidade e que, em igual sentido, a utilização de penas menos severas tampouco cria um incremento dos níveis de criminalidade em um determinado país. Se buscará a continuação, verificar como esse paradoxo está introduzido nos sistemas penais de Espanha e Brasil.

1. O contexto espanhol

O correto é que depois da entrada em vigor do Código penal espanhol de 1995, e apesar da eliminação das penas curtas de prisão e a entrada de penas não privativas de liberdade no catálogo de penas, a população carcerária, longe de esboçar um considerável descenso, iniciou uma escalada até alcançar níveis jamais vistos anteriormente.⁷⁵⁶ Assim, a taxa de reclusos em Espanha passou de 59 internos para cada cem mil habitantes no ano de 1985 e o *dobro* em 1995 alcançando a marca de 121 internos.⁷⁵⁷ No ano de 2003 a cifra já chegara aos 136 internos por cem mil habitantes, no mês de setembro de 2004 situava-se em 144⁷⁵⁸ e em novembro de 2009 alcançou a cifra de 165, colocando as prisões espanholas em posição de destaque, liderando o ranking europeu ocidental de prisões, ultrapassando, inclusive a Grã Bretanha que por agora possui 154 presos por cem mil habitantes.⁷⁵⁹

⁷⁵⁵ Múltiplas pesquisas criminológicas se encarregaram de demonstrar a escassa efetividade do maior recurso à pena de prisão no controle da delinquência, no sentido de uma falta de relação clara entre o aumento da população carcerária e a diminuição da delinquência. Alguns dos melhores exemplos: YOUNG, *A sociedade excludente*, pp. 179 e ss; CHRISTIE, *La industria del control del delito*, pp. 36 e 37; WACQUANT, *As prisões da miséria*, p. 91; JUNGHER-TAS, *Alternatives to prison sentences*, p. 03; LARRAURI PIJOAN, CDJ (1998), pp. 85 e ss; TEIXEIRA/MATSUDA, RBCC 69 (2007), pp. 280 e ss.

⁷⁵⁶ TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en Beneficio de la comunidad*, p. 463.

⁷⁵⁷ Vid. CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.), *Penas alternativas a la prisión*, p. 12.

⁷⁵⁸ TORRES ROSELL, op.cit., p. 463.

⁷⁵⁹ Vid. Centro de Estudios Públicos de Chile disponível em: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4498.html. Acesso em 22.08.2010.

§ 7. RECAPITULAÇÃO, REFLEXÕES E PROPOSTAS POLÍTICO CRIMINAIS SOBRE A
APLICAÇÃO DA PENA DE TRABALHOS EM BENEFÍCIO DA COMUNIDADE

Portanto, nem as chamadas alternativas penais à prisão introduzidas em 1995, nem em particular a pena de trabalhos em benefício da comunidade, conseguiram *diminuir* o protagonismo da pena de prisão no contexto de justiça criminal.

Com relação à pena de trabalhos em benefício da comunidade (uma vez que não se pretende nesse trabalho tecer valorações minuciosas sobre a efetividade das penas alternativas à prisão), o motivo principal para explicar seus limitados efeitos recai na pequena magnitude proporcionada a essa pena pelo legislador no Código de 1995. Em *primeiro lugar*, sua previsão como pena substituta exclusivamente das penas de arrestos de fim de semana e não diretamente de penas de prisão, veio a reduzir notavelmente as possibilidades de utilizá-la para condenar alguns dos delitos que se pratica com maior frequência e que continuavam cominados com a pena de prisão. Levando em conta esse escasso âmbito de aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade não há dúvidas que a vontade do legislador de 1995 não era a de converter essa pena em uma ferramenta útil ao serviço de uma política-criminal reducionista e sim a de, por um lado, submeter à prova a pena de trabalhos com vistas a experimentar se, no âmbito de aplicação da pena para adultos, podia alcançar-se resultados semelhantes aos atingidos na aplicação da justiça de menores, e os obtidos também no direito comparado. No entanto, a excessiva prudência do legislador limitou as possibilidades de aplicação desta sanção e, conseqüentemente, acabaram por limitar também as opções para avaliar de forma precisa seu funcionamento.⁷⁶⁰

Com relação ao segundo âmbito de aplicação disposto no Código penal de 1995 para a pena de trabalhos em benefício da comunidade, no marco da *responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa*, os resultados tampouco se aproximam dos esperados. A previsão da pena de trabalhos em benefício da comunidade nesse contexto introduzia uma via importante para possibilitar aos réus insolventes a extinção de sua responsabilidade criminal, sem que tivesse que passar

⁷⁶⁰ TORRES ROSELL, op.cit., p. 464 e 465.

pelos corredores obscuros da prisão. O certo é que a aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade nesse âmbito resultou também reduzida.⁷⁶¹

Outro ponto importante que deve ser salientado abrange a necessidade de contar com a confiança dos órgãos do poder judiciário para que estes incluam em seu repertório aquelas sanções que se impunham apenas de forma substitutiva.⁷⁶² E a confiança que os magistrados depositam em uma sanção penal depende tanto da informação que sobre esta recebem dos agentes envolvidos nesse contexto.

2. A experiência brasileira

Os estudos sobre o funcionamento da justiça criminal brasileira, produzidos sistematicamente a partir da década de 70, atestam a longa tradição de tratamento desigual daqueles que por algum momento se inseriram no sistema penal e enfrentam sua *seletividade*, bem como as atrocidades de um sistema punitivo que produz e ignora formas de violência cotidiana como as torturas verificadas nos estabelecimentos prisionais.

No Brasil, a recepção de uma filosofia *desprisonalizadora* ocorreu tardiamente em relação a outros países de capitalismo avançado, tendo sido recepcionada pelo ordenamento jurídico quando já se encontravam em declínio das sociedades de capitalismo avançado. No país, por mais que algumas iniciativas pontuais lograssem implantar alternativas ao encarceramento desde os anos 60 a idéia de um sistema penal efetivamente alternativo à prisão permaneceu estranha ao ordenamento jurídico até o período da redemocratização.⁷⁶³

⁷⁶¹ Vid. CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (coords.), *Jueces penales y penas en España*, pp. 90 e ss; TORRES ROSELL, op.cit., p. 465.

⁷⁶² Para CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, op.cit., p. 107, a aplicação de determinadas formas alternativas ao cumprimento da pena de prisão vem mais condicionada por questões culturais ou costume judiciário que por razões legais.

⁷⁶³ TEIXEIRA/MATSUDA, RBCC 69 (2007), p. 285.

§ 7. RECAPITULAÇÃO, REFLEXÕES E PROPOSTAS POLÍTICO CRIMINAIS SOBRE A
APLICAÇÃO DA PENA DE TRABALHOS EM BENEFÍCIO DA COMUNIDADE

A transição do autoritarismo para a democracia constituiu a conjuntura sob a qual transcorreram a reforma da *Parte Geral* do Código penal e a edição da Lei de Execução Penal, ambas em 1984, e a promulgação de uma nova Constituição, em 1988. No cerne das novas circunstâncias que se impunham, as transformações normativas foram determinantes para que todo um ordenamento razoável fosse arquitetado e, no tocante às penas alternativas, para que se consolidasse uma base jurídica sobre o qual o sistema de aplicação e execução passasse a se desenvolver.

A inauguração do sistema de substitutos penais em 1984, da qual se insere a pena de prestação de serviços à comunidade, tinha como finalidade ao mesmo tempo não banalizar a intervenção punitiva, bem como não permitir o seu esvaziamento. Assim, esse novo sistema pôde de alguma forma, imprimir maior rigor penal ao introduzir o cumprimento efetivo de penas em detrimento de modalidades ditas inoperantes como o *sursis*, sem com isso se traduzir em maior encarceramento.

Apesar de haver surgido uma ampla oferta de alternativas à prisão, a experiência brasileira tem demonstrado que, ao contrário do que pensa o senso comum, as penas alternativas não lograram substituir a prisão efetivamente. O que se verifica, é um crescimento cada vez mais *acelerado* da população carcerária. Entre 2000 e junho de 2007 o número de vagas em unidades prisionais do país passou de 135.710 para 233.907, um *aumento* de 72,36 %. A população prisional, no mesmo período, aumentou 106,21%. O incremento punitivo (efeito contrário ao esperado quando do surgimento das penas alternativas no Brasil) é evidente: dados de 2006 também revelam que 71% da população prisional cumpriam pena em regime fechado, 22,3% com penas de até 4 anos de duração, 29,1% com penas entre 4 e 8 anos e 22,1 com penas entre 8 e 15 anos.⁷⁶⁴

A hipótese da extensão da rede de controle social ou, ainda, de extensão dos dispositivos punitivos do Estado, deve ser cuidadosamente considerada no desenho

⁷⁶⁴ Vid. Infopen. Disponível em: https://infopen.mj.gov.br/infopen/index_login.jsp. Acesso em: 10.01.2010.

de uma política criminal dos substitutivos penais. As alternativas, segundo COHEN, *não* acarretam a diminuição da população prisional e instauram um sistema de controle social mais formal, difuso e insidioso, ao aumentar o alcance dos dispositivos penais e ao tornar mais porosos os filtros do sistema.⁷⁶⁵

Ademais, ressalta-se que os substitutos penais no Brasil foram idealizados no cerne do paradigma positivista, a despeito das teorias do *labelling approach* e da criminologia crítica, que se remetem simplificada e, ao enfoque não no crime e no criminoso ontologicamente considerado, mas nos processos sociais que levam à definição do crime e do criminoso, relativizando o objeto pautado pelo Direito penal.⁷⁶⁶ Assim, difícil dizer que houve uma transformação significativa dos instrumentos penais, que não se deixaram reformar conforme uma nova concepção efetivamente alternativa, tanto que a própria pena de prestação de serviços à comunidade foi inserida na legislação brasileira de modo a pender sobre o condenado a ameaça da privação de liberdade.

Por isso, pode-se dizer que a própria dimensão normativa da Lei 9.714/98 é *paradoxal*, uma vez que se arquiteta um sistema de substituição em que a pena de prestação de serviços à comunidade é sempre substituta da prisão que é principal, afastando as possibilidades para os que cometem os chamados delitos violentos, para os reincidentes e, além disso, estabelecendo o que não deixa de ser um juízo de periculosidade, pois, se a análise dos requisitos objetivos antecede os de natureza subjetiva, parece claro que, ao final, funcionam como critérios subjetivos fundados nas condições pessoais do condenado para não conceder a substituição, é dizer, se um condenado não preenche os requisitos objetivos não terá sua pena substituída; porém, se os preenche, ainda assim o magistrado baseando-se em tais elementos subjetivos poderá não recomendar a substituição.⁷⁶⁷

⁷⁶⁵ COHEN, em: *Contemporary crises, passim*.

⁷⁶⁶ AZEVEDO, *Penas alternativas à prisão, passim*.

⁷⁶⁷ TEIXEIRA/MATSUDA, RBCC 69 (2007), p. 288.

Pode-se afirmar, portanto, que o empreendimento que resultou na Lei 9.714/98 está em consonância com a lógica da retribuição, pois objetiva, ainda, aplicar algum sofrimento equivalente ao injusto provocado. Assim, a idéia de que é necessário limitar a utilização da prisão acaba por ser substituída pela proliferação dos instrumentos alternativos à privação da liberdade, que não se identifica com iniciativas despenalizadoras ou descriminalizadoras.

No Brasil, mesmo que se propague um discurso atentatório à aplicação da prisão em detrimento da prestação de serviços à comunidade, o sistema revela uma profunda ambigüidade, expressa no caso dos crimes praticados mediante violência ou grave ameaça. A partir dessa separação entre crimes violentos e não violentos, passam a conviver dois *subsistemas* penais com regras e procedimentos distintos para duas clientelas de estratos sociais igualmente diferentes, para abranger uma clientela que ainda não esteve na prisão.

3. Síntese conclusiva

O surgimento do sistema de substituição da pena de prisão em ambos os países tinha como objetivo paralelo não banalizar a intervenção punitiva como tampouco permitir o seu esvaziamento. No entanto, esse novo sistema imprimiu maior rigor penal ao introduzir sanções alternativas que não lograram substituir efetivamente a prisão. A sorte da pena de trabalhos em benefício da comunidade tanto na Espanha como no Brasil ficou limitada pela estreita margem legal de aplicação que é possível ainda perceber nos dois Códigos penais, sem possibilidade de contrabalançar, em relação ao crescente uso da prisão, nem os efeitos da desapareção do benefício da remissão de penas pelo trabalho (no caso Espanhol), nem o incremento na severidade das penas, como tampouco o imparável recurso ao Direito penal para todas as novas formas de riscos e perigos sociais.

B. Implementação de um sistema penal variado

Apesar da baixa eficácia da pena de trabalhos em benefício da comunidade na neutralização e redução do recurso à pena de prisão, os trabalhos prestados em serviço da comunidade contribuíram de alguma forma na *diversificação* das consequências jurídicas do delito, e, portanto a possibilitar uma adaptação da resposta punitiva mais adequada ao injusto cometido. Não obstante, essa maior variação no sistema de penas e a possibilidade de adaptar a pena com que se comina a infração às *peculiaridades* próprias de cada tipo penal, deveriam contribuir também para a redução da utilização da prisão.

A pena de prestação de serviços à comunidade, não obstante, como pena essencialmente substitutiva da prisão (em alguns casos principais na Espanha), constitui um instrumento posto a disposição de juizes e tribunais para facilitar o processo de consolidação da resposta penal às circunstâncias que se pretendem alcançar no dispositivo. A aplicação dessa pena como substitutiva obriga aos juizes e tribunais a analisar a concorrência dos requisitos e critérios orientadores previstos para essa entidade.

C. Novas perspectivas nos fins da pena

Atribui-se também as chamadas penas cumpridas no âmbito da comunidade a capacidade para favorecer um maior envolvimento do condenado e também da própria comunidade na sua execução e para buscar atingir outras finalidades além da mera punição do sujeito. Este maior envolvimento deriva do fato que se obriga, a partir de uma perspectiva, o réu, a adotar de certa forma uma postura mais participativa no contexto social e, a partir de outra perspectiva, à comunidade, a desenvolver mecanismos de acolhimento aos condenados para que estes cumpram de forma satisfatória sua responsabilidade penal.

§ 7. RECAPITULAÇÃO, REFLEXÕES E PROPOSTAS POLÍTICO CRIMINAIS SOBRE A
APLICAÇÃO DA PENA DE TRABALHOS EM BENEFÍCIO DA COMUNIDADE

A consequência previsível seria a exigência e também o desenvolvimento de um nível maior de responsabilidade por parte do condenado e de uma maior integração que se possa esperar entre ele e a comunidade, que pode contribuir na diminuição dos efeitos dessocializadores e estigmatizantes que se predicam a prisão. Este sistema também propicia ao condenado o acesso aos recursos sociais disponíveis para abordar a problemática que lhe levou a delinquir. De todas as formas, o êxito do conteúdo ressocializador ou não dessocializador das penas que devem ser cumpridas na comunidade depende, em grande medida, da correta seleção das pessoas às que se aplica a concreta sanção, de modo que o objetivo de não separar o condenado resulta apropriado para aqueles indivíduos cujo grau de integração pessoal e laboral na comunidade permita afirmar que não é previsível a comissão de uma nova infração penal, e também para aqueles outros cujo risco de novas práticas delitivas possam ser corretamente abordada e tratada na própria comunidade.⁷⁶⁸

Por outro lado, o cumprimento da pena em ambiente aberto favorece o desenvolvimento de tarefas destinadas à reparação da vítima do delito e também à própria comunidade. Esta temática foi corretamente interpretada pelo legislador espanhol de 2003 quem, na nova dicção do artigo 49 do Código penal incorpora algumas situações que devem contribuir a incidir na dimensão reparadora da prestação, o que, estranhamente, não se verifica com evidência no regramento do artigo 46 do Código penal brasileiro. Resulta, no entanto, importante dispor de um amplo catálogo de entidades e de prestações para colocar o condenado numa atividade relacionada com o delito praticado e com os efeitos derivados daquele.

Ademais, ainda que as repercussões nos sistemas criminais de Espanha e Brasil sejam escassas no que tange a *diminuição* da população carcerária, a margem disso, a pena de trabalhos em benefício da comunidade constituiu, pela via da substituição de penas, uma fórmula apropriada para adaptar a resposta punitiva às circunstâncias

⁷⁶⁸ Nesse sentido, ASÚA BATARRITA, *El trabajo al servicio a la comunidad como alternativa a otras penas*, pp. 318 e ss; MAESTRACCI, *Le travail d'intérêt general*, p. 90; PARES I GALES, CPC 64 (1998), p. 159; SANZ MULAS, em: DIEGO DÍAZ/SÁNCHEZ LÓPEZ (eds.), *Hacia un derecho penal sin fronteras*, pp. 102 e ss. TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 468.

peçoais do condenado e a contribuir, em diversos casos, a garantia de que pessoas com responsabilidades laborais ou educacionais pudessem manter estas enquanto cumpriam com sua responsabilidade penal fora dos estabelecimentos prisionais.

III. Análise sobre o novo contexto aplicativo da pena de trabalhos em benefício da comunidade resultante das reformas legislativas de 2003 e 2004 na Espanha e 1998 no Brasil

As reformas operadas na Lei penal durante o ano de 2003 na Espanha ampliaram o âmbito de aplicação desta pena e recorreram finalmente algumas propostas que haviam sido já formuladas na década dos oitenta, como a previsão dos trabalhos comunitários como sanção substitutiva da prisão. No entanto, principalmente àquilo que tange à pena de trabalhos em benefício da comunidade, a reforma de 2003 pode ser valorada inicialmente de forma *positiva*, uma vez que amplia consideravelmente seu espaço de aplicação.

Não obstante, a LO 15/2003, de 25 de novembro, se coloca de forma extremamente otimista quando, na *Exposición de Motivos*, ressalta um potencial e uma melhora substancial da pena de trabalhos em benefício da comunidade. Na análise realizada no capítulo dedicado à aplicação dessa sanção se pôs de manifesto como o regime de substituição de penas previstos no artigo 88 do Código penal espanhol apresenta problemas substanciais e como a vontade de planejar uma aplicação mais realista da pena nos obriga a forçar a interpretação do texto normativo. Igualmente, também sobre o artigo 53 do Código penal resulta imprescindível reinterpretar o sistema de conversão de sanções e atinente à previsão dos trabalhos em benefício da comunidade como pena principal, se verificou como sua aplicação ficava restrita a uma quantidade ainda muito pequena de tipos penais, de modo que sua repercussão prática ainda é precária.

A opção seguida pelo legislador espanhol de 2003 foi a de cominar com penas de prisão de curta duração os delitos que anteriormente se castigavam com penas de

§ 7. RECAPITULAÇÃO, REFLEXÕES E PROPOSTAS POLÍTICO CRIMINAIS SOBRE A
APLICAÇÃO DA PENA DE TRABALHOS EM BENEFÍCIO DA COMUNIDADE

arrestos de final de semana. A pena de trabalhos em benefício da comunidade como pena principal ficou restringida, em *primeiro lugar*, às infrações contra o patrimônio e infrações leves contra a segurança da coletividade e os interesses gerais. Em *contrapartida*, se verifica também a orientação da pena de trabalhos em benefício da comunidade em direção às infrações praticadas no contexto familiar. Nesse sentido, se deve observar as previsões do artigo 153 do Código penal resultante da LO 15/2003, de 25 de novembro, e também das reformas introduzidas na LO 1/2004, de 28 de dezembro, de medidas de proteção integral contra a violência de gênero.

A decisão de cominar com penas de trabalhos em benefício da comunidade os delitos e faltas que se praticam no contexto familiar, responde aparentemente, a uma dupla finalidade. Em *primeiro lugar*, à intenção de extinguir a pena de multa do contexto desses delitos, com o objetivo de evitar que a detração de uma parte da remuneração familiar repercuta negativamente em quem já foi vítima de uma agressão. Em *segundo lugar*, a cominação dessas infrações com uma pena de trabalhos no âmbito da comunidade pretende explorar uma maior projeção dessa pena no espaço público do que comporta a pena pecuniária. Dessa forma, a ideia do legislador pauta-se no sentido de demonstrar sua vontade política de atuar diante de um problema social e para o qual não se dispõe, todavia, de concretas soluções.

Nesse sentido, a aplicação dessa pena constitui uma utilização nitidamente simbólica, na qual, se pretende por um lado, dar mais visibilidade à pena e, por outro, a consagração definitiva da política do controle sobre o delito⁷⁶⁹, outorgando-se, portanto, um papel semelhante ao atribuído às *intermediate sanctions* anglo-saxônicas, no sentido que os trabalhos comunitários se configuram como instrumentos punitivos de gravidade intermediária entre a multa e a prisão.

De maneira conclusiva e dada a resolução com que o legislador optou por excluir do panorama sancionador a pena de arrestos de fim de semana do ordenamento penal

⁷⁶⁹ GARLAND, *La cultura del control*, pp. 284 e ss e 307 e ss.

espanhol alegando sua precária efetividade, a decisão de não comprometer a sanção de trabalhos em benefício da comunidade parece quase um ato de clemência.⁷⁷⁰ Ademais, se contesta a suposta pretensão de potencializar a pena de trabalhos em benefício da comunidade, sobretudo quando a verdadeira novidade percebida centra-se na reintrodução no ordenamento penal das penas privativas de liberdade de curta duração que ocupam a maior parte dos tipos penais nos que até a reforma se previa a aplicação da pena de arrestos de final de semana, se restringido dessa forma o acesso da pena de trabalhos em benefício da comunidade à parte especial do Código penal espanhol.⁷⁷¹ Isso corrobora a tese que a idéia das reformas de 2003, tão qual ocorridas no Brasil dito anteriormente, não foi a de potencializar a aplicação das penas alternativas, em especial a de trabalhos em benefício da comunidade, mas sim a de *manter* a pena de prisão como a pena por excelência do sistema penal. A consequência, portanto, já diagnosticada dessa reforma penal é o incremento constante da população carcerária, e com ele, a necessidade eminente de estruturar os estabelecimentos penitenciários para acolher esse volume incomensurável de condenados a uma pena de prisão.

Diante desse quadro, se questiona se *de lege ferenda* é possível e recomendável dar ainda mais margem à atuação dessa pena no espectro do Direito penal. E isso se formula desde os princípios da vigência dessa sanção no sistema de penas, mas, sobretudo porque se trata de uma consequência jurídica muito embrionária, em que ainda não se promoveram meios materiais e pessoais para se garantir uma efetiva aplicação e execução. De todas as formas, não seria coerente exigir de uma sanção recentemente introduzida no ordenamento penal (pouco mais de 10 anos) a mesma desenvoltura e fluidez com que se desenvolve uma sanção como a prisão que se encontra no “mercado” punitivo há mais de três séculos de experiência, ainda que submetida a constante revisão e renovação.⁷⁷² Da mesma forma, as penas cumpridas

⁷⁷⁰ TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 471.

⁷⁷¹ VARONA GÓMEZ, REIC (2004), p. 11.

⁷⁷² Vid., nesse sentido, BITENCOURT, *Falência da pena de prisão*, pp.153 e ss e 240 e ss.

§ 7. RECAPITULAÇÃO, REFLEXÕES E PROPOSTAS POLÍTICO CRIMINAIS SOBRE A
APLICAÇÃO DA PENA DE TRABALHOS EM BENEFÍCIO DA COMUNIDADE

no seio comunitário requerem um período de assentamento durante o qual devem ser corretamente reguladas, avaliadas e potencializadas.⁷⁷³

No Brasil, em consonância com o que se verifica na Espanha, o controle social em relação às infrações de regular, médio e pequeno potencial ofensivo, por razões de política criminal pode ser feito pela pena de prestação de serviços à comunidade. A Lei 9.714/98 ao ampliar as penas alternativas, sob o ponto de vista da flexibilização que proporcionou ao julgador, pode ser considerada positiva, pois acabou concedendo ao magistrado um leque maior de opções, permitindo-lhe a escolha da pena que melhor atenda às peculiaridades do caso concreto, a sua individualização e os fins da pena, sobretudo, o preventivo, sem, contudo, atentar a dignidade do condenado,⁷⁷⁴ além de proporcionar uma maior atenção à vítima no que diz respeito aos danos provocados pela conduta criminosa, o que, de fato, significou importante avanço.

Contudo, é necessário frisar que, por mais que esse novo modelo traga reprimendas menos estigmatizantes do que as sanções do modelo tradicional, não deixam de ser respostas “amargas”, no sentido de que não se deve olvidar que são castigos, que no fundo, significam distribuição de dor, de sofrimento e aflição e, como tal, devem atender aos princípios de proporcionalidade, da culpabilidade, da individualização, da adequação e da dignidade.

Com relação à pena de prestação de serviços à comunidade convém destacar, preliminarmente, que ao estabelecer o patamar mínimo de pena aplicada (superior a seis meses) como requisito para a substituição e, de outro, o patamar máximo (até seis meses) para a substituição por pena de multa, o legislador deixa bem claro a *valoração* que fez entre essa modalidade de pena e a pena de multa substitutiva, a partir da ótica do bem jurídico, considerando a danosidade social e o grau de

⁷⁷³ Vid. TORRES ROSELL, op.cit., p. 472.

⁷⁷⁴ GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 134.

§ 7. RECAPITULAÇÃO, REFLEXÕES E PROPOSTAS POLÍTICO CRIMINAIS SOBRE A
APLICAÇÃO DA PENA DE TRABALHOS EM BENEFÍCIO DA COMUNIDADE

culpabilidade do agente com vistas à prevenção. Se a pena aplicada não ultrapassar a seis meses é porque a lesividade e o grau de culpa são ínfimos, logo, a pena de multa, nesses casos, já se mostra suficiente para a prevenção do delito sem os malefícios decorrentes da pena privativa de liberdade; de outra sorte, se a pena aplicada for superior a esse patamar, é porque o fato está a exigir uma reação mais contundente por parte do Estado. É justamente nesse vácuo que ingressa a pena de prestação de serviços à comunidade, por ser uma reprimenda *superior* à pena pecuniária. Nesse ponto, portanto, o raciocínio político criminal guardado as devidas proporções, é o mesmo que foi adotado em relação à multa substitutiva; proporcionalmente às consequências da infração e ao grau de reprovabilidade, a prestação de serviços à comunidade já se mostra apta a proteção desejada, sem os estigmas da pena original.⁷⁷⁵

Há, entretanto, outros aspectos normativos dessa sanção, os quais estão a exigir algumas reflexões, para ao final, confrontá-los político criminalmente.

A prestação de serviços à comunidade deve ser executada à razão de uma hora por dia de tarefas, respeitando as aptidões do condenado, sem prejudicar sua jornada normal de trabalho. Ainda, a pena superior a um ano pode ser cumprida em menor tempo.

Desde um ponto de vista normativo, pode ser dito que essa modalidade de pena substitutiva (a exceção da parte que menciona à proibição do seu cumprimento em menor tempo quando a pena for até um ano) está bem estruturada. O legislador, ao estabelecer a proporção de uma hora de trabalho para cada dia de pena e o respeito às aptidões do condenado para a distribuição da tarefa, cumpriu de forma satisfatória sua tarefa, uma vez que não prejudicou as atividades normais de trabalho, mantendo o condenado no seu meio social, procurou conciliar a punição com algo que fosse útil tanto a sociedade como ao condenado.

⁷⁷⁵ ROBALDO, *Penas e medidas alternativas*, p. 152.

Por outro lado, a normativa penal, todavia, deixou a desejar quando facultou ao condenado à pena superior a um ano o cumprimento em menor tempo e o *impediu* de cumprir em tempo menor quando a pena for inferior a esse patamar, beneficiando-se o autor da infração maior em detrimento daquele que executou uma conduta menos gravosa. Nesse contexto, claro está a violação dos princípios da proporcionalidade. Se a consequência penal é maior, é porque a danosidade social se configurou mais acentuada e a conduta do autor deve ser mais reprovada, logo, não é oportuno que um fato punível mais danoso e com maior grau de censurabilidade, venha receber um tratamento menos rígido do que uma conduta menos danosa. Tem-se aí, uma inconstitucionalidade que deve ser verificada pelo julgador, a quem cabe, nesse momento, fazer a adequação político criminal.

Resta, finalmente, uma última observação normativa a respeito das penas alternativas, em especial à pena de prestação de serviços à comunidade. O artigo 44, § 4º CP, prevê a possibilidade da conversão da pena substitutiva para a sanção originária, por descumprimento injustificado das condições impostas. Até aí nenhuma objeção. O problema surge quando a norma determina que na detração deva ser respeitado o saldo mínimo de trinta dias de pena privativa de liberdade. Essa situação é no mínimo *constrangedora*. Nesse caso, a pena se torna superior ao da culpa do tipo penal. Enfim, uma série de irregularidades que tornam inconstitucional essa norma, posto que fere flagrantemente os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade.⁷⁷⁶

IV. Propostas para uma melhor aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade nos ordenamentos jurídicos de Espanha e Brasil

As configurações do âmbito de aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade nos ordenamentos jurídicos penais de Espanha e Brasil, principalmente as resultantes da Lei 9.714/98 no Brasil e das reformas de 2003 na Espanha permitem formular as propostas de ampliação a partir de uma *dupla perspectiva*: como pena

⁷⁷⁶ GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 129; ROBALDO, *op.cit.*, p. 155.

§ 7. RECAPITULAÇÃO, REFLEXÕES E PROPOSTAS POLÍTICO CRIMINAIS SOBRE A
APLICAÇÃO DA PENA DE TRABALHOS EM BENEFÍCIO DA COMUNIDADE

substituta e principal. Previamente às revisões e sugestões propostas, resulta não menos importante planejar se a ampliação do âmbito de aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade deveria ser levada a cabo exclusivamente no sistema das penas substitutivas ou se, ao contrário, seria oportuno potenciá-la como pena principal ou autônoma, principalmente na Espanha onde se verifica esses dois contextos e também, se existe a possibilidade concreta de introduzir no ordenamento brasileiro um sistema que preveja a pena de prestação de serviços à comunidade atuando como uma sanção principal já prevista no tipo abstratamente.

Optar pela potencialidade dessa pena como consequência jurídica principal nos dois ordenamentos jurídicos supõe evidentemente uma ação *favorável* no sentido da diminuição progressiva do recurso à pena privativa de liberdade, na medida em que esta desapareça de certa categoria de tipos penais. Ademais, na medida em que a previsão da pena de trabalhos em benefício da comunidade prevista na parte especial do Código penal proporcionará provavelmente um maior incentivo para a sua aplicabilidade, resultando, não obstante, uma necessária planificação sobre sua execução a partir dessa (nova) conjuntura.

Em contrapartida, a previsão da pena como substituta da prisão pressupõe como vantajosa a possibilidade que possuem os magistrados de avaliar a adequação da pena às circunstâncias do fato e do réu, de modo que, ainda que aplicado a um número reduzido de tipos, poderia-se garantir uma maior *adequação* ao caso concreto e maiores possibilidades de êxito da sanção, tanto no sentido reparador como ressocializador.

Em definitiva, a partir deste planejamento, passa a ser conveniente propor que as bases sobre a ampliação do âmbito de aplicação dessa pena nos dois ordenamentos jurídicos são as seguintes: em *primeiro lugar*, a pena de trabalhos em benefício da comunidade se apresenta em um processo de consolidação nos dois ordenamentos, ainda que no Brasil as dúvidas que pairam no sistema normativo sejam menores e mais aceitáveis pela doutrina e pelo judiciário, resulta prudente concentrar sua

aplicação naqueles dispositivos em que possa atuar de forma adequada, prescindindo de uma extensão generalizada que pudesse ser verificada na parte especial do Código penal. Em *segundo lugar*, deve ser levado em conta que a avaliação sobre a idoneidade da pena de trabalhos em benefício da comunidade é evidente em sede de substituição da pena privativa de liberdade, mas este exercício de avaliação se concretiza também quando a pena é aplicada como principal, uma vez que na parte especial do Código espanhol (sobretudo) se configura como sanção alternativa. Nessa direção, a disponibilidade de duas penas de trabalhos em benefício da comunidade previstas na parte especial do Código penal obriga ao magistrado, por um lado, a respeitar o princípio da individualização da pena e por outro, a valoração da adequação dessa pena à gravidade do delito praticado e às circunstâncias do condenado. Consequentemente se pretende a continuação oferecer propostas para extensão do âmbito de aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade tanto no contexto da substituição de penas como no contexto em que se aplicam como pena principal em delitos nos quais possivelmente se possam desenvolver os efeitos reparadores e reabilitadores.

A. Propostas *de lege ferenda* para a ampliação no contexto de aplicação como pena substituta

Pretende-se nesse apartado em primeiro lugar analisar *de lege ferenda* a pena de trabalhos em benefício da comunidade como sanção substituta da pena de localização permanente prevista no ordenamento penal espanhol, em segundo lugar a ampliação do marco para a substituição da pena de prisão nos ordenamentos de Espanha e Brasil e por último, planejar a possibilidade dessa pena atuar como substituta da multa também nos dois ordenamentos em estudo.

1. A pena de trabalhos em benefício da comunidade como sanção substituta da pena de localização permanente na Espanha

Visto a previsão da pena de trabalhos em benefício da comunidade como sanção alternativa à prisão e a responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa, e posto que antes da reforma editada pela LO 15/2003 a pena de trabalhos em benefício da comunidade podia substituir também a pena de arrestos de fins de semana, parece suficiente e oportuno que essa pena possa perfeitamente substituir a *terceira* modalidade de pena privativa de liberdade prevista na atualidade no Código penal espanhol que é a pena de localização permanente.

Não há dúvidas que a previsão do artigo 37.3 do Código penal espanhol, que permite o cumprimento da pena de localização permanente em fins de semana ou de forma continuada, possa entender-se como uma solução destinada a garantir a manutenção das responsabilidades do condenado, limitando os efeitos punitivos da pena à estrita privação da liberdade, sem que se interfira nas obrigações dele, em termos semelhantes ao que se prevê à pena de trabalhos em benefício da comunidade. Não obstante, não se deve comparar o sentido não dessocializador da pena de localização permanente à participação ativa no cumprimento da pena que se prevê para o trabalho em benefício da comunidade e que resulta positiva, tanto nos dispositivos em que seja viável dar um sentido reparador e não apenas punitivo à execução penal, como naqueles outros em que o cumprimento dos trabalhos possa servir ao condenado para o conhecimento de outras realidades, aumentando dessa forma, a capacidade reabilitadora da pena.⁷⁷⁷ A possibilidade de substituir a pena de localização permanente por trabalhos em benefício da comunidade permitiria ao magistrado analisar a *adequação* de uma ou outra pena às circunstâncias do réu para as infrações qualificadas como faltas de lesões do artigo 617 do CP, faltas de furto, furto de uso de veículos, estafa e apropriação indébita do artigo 623 do CP, bem como em faltas de danos previstas no artigo 625 do CP, que *de lege lata* são

⁷⁷⁷ Vid. MATRAVERS, *Punishment and political theory*, p. 132; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 475. OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*, p. 315.

reprimidas com pena de localização permanente ou alternativamente com multa. No entanto, a atual regulação permite prever que ao indivíduo insolvente se lhe imporá uma pena de localização permanente, sem possibilidade de substituição, enquanto que para as infrações cuja alternativa se estabeleça entre uma pena de prisão de curta duração e a multa, seria possível perfeitamente substituir a prisão pela pena de trabalhos em benefício da comunidade.⁷⁷⁸

2. Ampliação do marco para a substituição da prisão na Espanha e no Brasil

Propõe-se como segunda proposta, ampliar as margens atualmente previstas nos artigos 88 do Código penal espanhol e 45 do Código penal brasileiro para a substituição de penas de prisão. A proposta também incide em parte das classificações que os artigos 33 do Código penal espanhol e 45 do Código penal brasileiro realizam entre as penas leves, médias e graves, e da consideração que as penas previstas em cada uma das faixas devem poder considerar-se de severidade idêntica ou comparável, e, portanto adequada a delitos de similar gravidade.

Planeja-se aqui a possibilidade que *de lege ferenda* a Lei penal espanhola, precisamente, permita a substituição das penas privativas de liberdade previstas no mesmo intervalo de gravidade por trabalhos em benefício da comunidade como ocorre no Brasil. Nesse sentido, e relevando-se o fato de que a nova redação oriunda da LO 15/2003 estende o âmbito das penas de prisão *não graves* desde os três anos até os cinco anos, a proposta formulada, no entanto, deveria permitir a substituição de penas de prisão de até os cinco anos de penas de trabalhos em benefício da comunidade.⁷⁷⁹ Da mesma forma, essa proposta extensiva poderia ser aplicada no Brasil no sentido de que o legislador, visando ampliar a aplicação dessa pena, pudesse *aumentar* o lapso temporal de quatro anos previsto atualmente na norma

⁷⁷⁸ Nesse sentido, TORRES ROSELL, op.cit., pp. 475 e 476; Para BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 215, *de lege ferenda* a pena de localização permanente poderia ser substituída por outras sanções de semelhante equivalência punitiva se analisado o modelo estabelecido pelo legislador espanhol. Assim, levando em consideração esse sistema criado pelo legislador, seria plenamente possível punir as faltas com penas de trabalhos em benefício da comunidade.

⁷⁷⁹ Cf. TORRES ROSELL, op.cit., p. 476.

§ 7. RECAPITULAÇÃO, REFLEXÕES E PROPOSTAS POLÍTICO CRIMINAIS SOBRE A
APLICAÇÃO DA PENA DE TRABALHOS EM BENEFÍCIO DA COMUNIDADE

para seis anos, de modo que na substituição da prisão a pena de prestação de serviços à comunidade pudesse alcançar um número maior de delitos previstos na parte especial do Código penal, em especial os crimes patrimoniais que não forem praticados com violência contra a pessoa e que prevêm penas que ultrapassam o limite de quatro anos de prisão, como por exemplo, o estelionato e a receptação, além de alguns crimes contra o estado de filiação que prevêm penas acima dos quatro anos, tais como o registro de nascimento inexistente previsto no artigo 241 do Código penal, o crime de parto suposto do artigo 242 do Código penal e o crime de sonegação de estado de filiação do artigo 243 do mesmo diploma legal.

Estas propostas ampliariam significativamente a possibilidade de aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade facultando sua imposição para infrações nas que atualmente sua aplicação se encontra vedada devido às elevadas penas com que o tipo penal as comina.

Apesar desse salto quantitativo que esta proposta acarreta se comparado com o que prevê atualmente a Lei penal de ambos os países, o certo é que a mesma não resulta exagerada quando, por exemplo, se compara com o âmbito de aplicação dessa pena em outros países. Dessa forma, o Código penal *francês* em seu artigo 131-4 prevê a possibilidade de substituição da prisão de até dez anos por trabalhos de interesse geral e a Lei *belga* que faculta ao juiz a aplicação da pena de trabalhos no caso em que a um fato deva ser aplicada uma pena correccional, ou seja, um encarceramento que varia dos oito dias aos cinco anos.

A ampliação, portanto, da margem para a substituição de penas de prisão nos dois países, ainda que se mantenham os mesmos critérios e requisitos para a concessão da substituição, deveria prontificar essa operação e contribuir para a redução da aplicação da pena de prisão.

3. A pena de trabalhos em benefício da comunidade como substitutiva da multa

Existem ordenamentos jurídicos que prevêm a pena de prestação de serviços à comunidade como pena substituta da pena de multa, de tal forma que quando o tipo comina a concreta infração com pena pecuniária o magistrado ou tribunal possa substituir aquela por uma pena de trabalhos comunitários. A finalidade dessa premissa recai na vontade de evitar os efeitos desiguais que podem gerar a multa e possibilitar ao indivíduo insolvente uma forma de extinguir sua responsabilidade penal. Esta possibilidade pode ser averiguada no artigo 48 do CP *português*, na legislação *italiana* relativa à atuação do juiz de paz, previsto no artigo 55 do Decreto legislativo de 28 de agosto de 2000 e também na reforma projetada na *Alemanha* durante o ano de 2004, mais precisamente a modificação sofrida pelo parágrafo 59a StGB, que como Espanha e Brasil, utiliza o sistema de dias-multa.

A dúvida que persiste, no entanto, limita-se a possibilidade de substituição da multa correspondente às circunstâncias em que seja possível comprovar a *insolvência* do condenado ou se, ao contrário, deve resultar oportuna também nos casos em que, tendo o condenado suficiente condição econômica para satisfazer a multa, o réu solicita a imposição de uma pena de trabalhos em benefício da comunidade alegando, por exemplo, argumentos reparadores ou até mesmo que parte de sua renda já esteja comprometida com outros compromissos.

No entanto, essa segunda possibilidade gera o risco que a pena de trabalhos em benefício da comunidade se converta em um caminho para eludir o pagamento da multa. Tal circunstância suporia deixar em mãos do condenado a decisão sobre a satisfação da pena prevista no ordenamento penal.⁷⁸⁰ Por esse motivo, parece conveniente, manter a pena de trabalhos em benefício da comunidade no âmbito da responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da multa como prevê o ordenamento penal espanhol, de modo que entre em andamento apenas quando nem

⁷⁸⁰ TORRES ROSELL, op.cit., pp. 477 e 478.

voluntariamente nem pela via executiva seja possível o pagamento da pena pecuniária.⁷⁸¹

B. Proposta *de lege ferenda* para a ampliação no contexto de aplicação como pena principal

Como é sabido, uma das novidades mais importantes trazidas pela Lei penal resultante das reformas ocorridas em 2003 na Espanha foi, em relação à pena de trabalhos em benefício da comunidade, a previsão desta como pena *principal* e autônoma. Já no âmbito de aplicação brasileiro, a pena de prestação de serviços à comunidade não se encontra tipificada em nenhum delito da parte especial do Código penal, atuando apenas como pena substituta da prisão quando o réu preencher todos os requisitos previstos na Lei ou quando o juiz entender ser conveniente a substituição da pena.

O que se pretende nesse apartado é justamente buscar justificativas coerentes para que a pena de trabalhos em benefício da comunidade previstas nos ordenamentos de Espanha e Brasil sejam extendidas com o propósito de assinalar aquelas infrações para as quais se poderiam ter verdadeiro sentido a previsão dessa pena como sanção principal e genuinamente autônoma em relação aos potenciais de natureza reparadora que em atenção à natureza das infrações puderam desenvolver os trabalhos comunitários, já pela previsível adequação de uma intervenção socializadora do condenado, sem olvidar que essa pena já atua como principal no ordenamento jurídico espanhol, mas ainda a um número reduzido de delitos previstos na parte especial e talvez por esse motivo, tentar-se-á estabelecer um paralelo desse sistema adotado em Espanha ao sistema brasileiro que (ainda) não prevê essa modalidade de pena como principal, mas que, em minha opinião, melhoraria muito se sua previsão estivesse cominadas como pena direta em alguns tipos penas, justamente por que se entende que esse mecanismo pode de fato reduzir a aplicação da pena de prisão no sistema penal brasileiro.

⁷⁸¹ Nesse sentido, BRANDARIZ GARCIA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 175; TORRES ROSELL, op.cit., p. 478; BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 215.

Em *primeiro lugar*, da experiência vivenciada nos dois países sobre a aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade, se verifica que um dos setores em que esta pena pode oferecer um rendimento mais satisfatório concentra-se entre os delitos praticados contra o patrimônio. Levando-se em conta o contexto espanhol e brasileiro, é certo que a previsões contidas nos Código penal de 1995 espanhol e Código penal brasileiro de 1940 de penas de prisão para as infrações contra o patrimônio e a impossibilidade de substituir estas por penas de trabalhos em benefício da comunidade via artigo 88 CPE e 44 CPB reduzia a aplicação dessa pena em um dos âmbitos que concentra um número exacerbado de atividades. De forma positiva, a nova redação do artigo 88 CPE possibilita agora a substituição de penas de prisão e, portanto, a diferença do que ocorria com a regulação anterior, se abra a possibilidade à substituição de alguns delitos patrimoniais, como o delito de furto, para que o artigo 234 prevê uma pena de prisão de seis a dezoito meses, e também outros delitos nos casos em que forem averiguadas circunstâncias atenuantes.

No entanto, a verdadeira opção por um sistema efetivamente redutor do recurso da prisão nos dois países deveria cominar com alguns delitos de natureza patrimoniais mais frequentes e que não podem considerar-se de excessiva gravidade.⁷⁸² *De lege lata*, a pena de trabalhos em benefício da comunidade no contexto espanhol está prevista como pena principal nos delitos de furto e roubo de uso de veículos, que comina esta infração de forma alternativa com uma pena de multa, e no contexto brasileiro a cominação para os dois delitos prevê uma pena de prisão e uma pena de multa, havendo a possibilidade da substituição por prestação de serviços à comunidade se o condenado preencher todos os requisitos dispostos no artigo 44 do Código penal. *De lege ferenda*, recomenda-se que os dois ordenamentos jurídicos

⁷⁸² Esse também é o pensamento de TORRES ROSELL, op.cit., p. 480 quando analisa a aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade no contexto espanhol. Ademais, CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.) *Penas alternativas a la prisión*, p. 29, lamentavam que o legislador espanhol de 1995 não houvesse prescindido da pena de multa para as infrações patrimoniais sem violência ou intimidação às pessoas, como é o furto (art. 234 CP) ou o roubo com força sobre coisas (art. 240 CP). Nessa esteira, supostamente também devem lamentar a não aplicação de uma pena que pudesse ser executada no âmbito da sociedade como a pena de trabalhos e que não foi objeto de alteração normativa pelo legislador de 2003.

§ 7. RECAPITULAÇÃO, REFLEXÕES E PROPOSTAS POLÍTICO CRIMINAIS SOBRE A
APLICAÇÃO DA PENA DE TRABALHOS EM BENEFÍCIO DA COMUNIDADE

possam estender esse modelo (espanhol) a *outros* delitos patrimoniais, nos que o principal bem jurídico atingido seja a propriedade e nos que não haja violência física ou psíquica contra a pessoa. Entre eles, por exemplo, o delito de furto simples, o delito de roubo em que se pratica violência contra objetos ou coisas (no caso espanhol), delito de apropriação indébita, delito de receptação e principalmente contra o delito de dano cujos trabalhos prestados desplegariam seu verdadeiro sentido de reparação aos efeitos produzidos pela conduta criminosa praticada.

Em *segundo lugar*, resulta possível também arquitetar nos dois ordenamentos jurídicos a criação *de lege ferenda* da pena de trabalhos em benefício da comunidade para a prática do delito de omissão de socorro previsto nos artigos 195.1 e 2 do Código penal espanhol e artigo 135 do Código penal brasileiro. A atual cominação deste delito com uma pena de multa (Espanha) e prisão de um a seis meses que geralmente possibilita a substituição desta por outra restritiva de direito ou multa (Brasil) permite-nos dizer que o legislador de certa forma valora *positivamente* a pena deste delito com uma pena não privativa de liberdade, o que, em princípio, poderia sancionar-se também com uma pena de trabalhos em benefício da comunidade. Ademais, percebendo-se que o injusto material desse tipo radica no dever de solidariedade social, a pena de trabalhos em benefício da comunidade constituiria precisamente no atendimento desse pressuposto. A omissão em agir que se condena no tipo seria censurada e compensada com a obrigação de fazer que caracteriza a pena de trabalhos, ou seja, a conduta não solidária do réu se supriria com as prestações gratuitas impostas pelo poder público a ele.⁷⁸³

Em *terceiro lugar*, também *de lege ferenda* poderia-se nos dois ordenamentos jurídicos introduzir a pena de trabalhos em benefício da comunidade como pena principal aos delitos de destruição, inutilização ou subtração de coisa própria a sua utilidade social ou cultural previstos no artigo 289 do Código penal espanhol e ao delito de destruição, inutilização ou deteriorização de coisa alheia, de valor artístico, histórico ou arqueológico previstos nos artigos 163 e 65 do Código penal brasileiro,

⁷⁸³ Nesse sentido, TORRES ROSELL, op.cit., p. 482.

§ 7. RECAPITULAÇÃO, REFLEXÕES E PROPOSTAS POLÍTICO CRIMINAIS SOBRE A
APLICAÇÃO DA PENA DE TRABALHOS EM BENEFÍCIO DA COMUNIDADE

uma vez que os bens jurídicos protegidos nesses tipos são precisamente a transcendência social ou cultural de determinados bens pertencentes a indivíduos ou até mesmo a coletividade. Dado que o valor social, cultural e histórico atingido pela infração cometida pelo autor do delito, tem um significado importante para o interesse social, podendo resultar adequado que este compense a quem de fato foi prejudicado pela sua conduta mediante a realização de algumas atividades reparadoras.

Em *quarto lugar*, a previsão da pena de trabalhos em benefício da comunidade poderia significar adequada, principalmente na Espanha⁷⁸⁴, para os delitos relacionados à proteção do meio ambiente. Isso porque a possibilidade que o réu assuma uma postura reparadora do dano causado encontra-se já prevista no artigo 339 do Código penal, com a que se faculta ao órgão judicial para adotar as medidas encaminhadas para a restauração do equilíbrio ecológico abalado. Também os artigos 319.3 e 321 do Código penal espanhol estabelecem fórmulas destinadas à reparação dos danos cometidos no âmbito dos delitos relativos à ordenação do território, bem como ao patrimônio histórico respectivamente. A aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade deveria comportar a colaboração pessoal do condenado na realização de atividades positivas de recuperação do bem danificado ou de compensação à comunidade prejudicada pelo ato infracional, se projetando como um conteúdo exclusivamente reparador.⁷⁸⁵

Em *quinto lugar*, cabe propor também a aplicação da pena de trabalhos em benefício da comunidade contra os delitos que atentam a *segurança coletiva* em ambos os países, já que pode haver sentido o empreendimento de ações positivas destinadas à comunidade. Ademais, na medida em que algumas dessas ações típicas previstas no título XVII (Dos delitos contra a segurança coletiva) do Código penal espanhol e do

⁷⁸⁴ Já que a Lei 9.605/98 brasileira prevê em algumas hipóteses a aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade aos delitos ambientais. Vid. Item § 4. III. C.

⁷⁸⁵ YOUNG, *Community service orders*, p. 36; ROIG TORRES, *La reparación del daño por el delito*, pp. 472 e ss; TORRES ROSELL, *op.cit.*, p. 483.

titulo VIII (Dos crimes contra a incolumidade pública) do Código penal brasileiro não exigem a existência de uma *efetiva* lesão senão um perigo para a coletividade, a pena de trabalhos em benefício da comunidade se desmembra da reparação à vítima em sentido estrito e assume sua dimensão de reparação simbólica à comunidade. Além disso, poderia resultar adequada a introdução dessa pena como principal para sancionar alguns delitos contra a saúde pública, principalmente previstos no capítulo terceiro do Código penal espanhol, a exemplo do que ocorre na legislação brasileira⁷⁸⁶, quando o agente para consumo *próprio* leva consigo uma escassa quantia de substâncias tóxicas leva a valorar a pena de prisão como excessivamente severa para essa hipótese. Também, tanto na Espanha como no Brasil a previsão de uma pena de trabalhos em benefício da comunidade poderia ser apropriada para os casos de tráfico de drogas em pequenas quantidades na qual o perigo para a saúde pública resulta menor, podendo servir não somente como castigo, mas também para colocar o condenado em contato com instituições de apoio à desintoxicação ou à prevenção do consumo que poderiam acarretar mais eficazes que a aplicação de uma pena de prisão.

Em *sexto* e último lugar a pena de trabalhos em benefício da comunidade poderia ser aplicada no âmbito das infrações leves previstas no *livro terceiro* do Código penal espanhol, de modo que poderia resultar conveniente sua inclusão entre as faltas contra as pessoas previstas no artigo 617 e contra o patrimônio do artigo 623 e contra os interesses gerais do artigo 629. No Brasil, poderia ser considerado interessante o legislador *excluir* do âmbito de aplicação a pena de prisão simples impostas a todas as *contravenções penais* previstas na Lei 3.688/41 e introduzir a aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade como pena direta, principalmente nas contravenções de Porte de arma do artigo 19, omissão de cautela na guarda ou condução de animais do artigo 31, direção perigosa de veículo na via pública do

⁷⁸⁶ Conforme o artigo 28 da Lei 11.343/06 “*Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos da droga; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.*”

§ 7. RECAPITULAÇÃO, REFLEXÕES E PROPOSTAS POLÍTICO CRIMINAIS SOBRE A
APLICAÇÃO DA PENA DE TRABALHOS EM BENEFÍCIO DA COMUNIDADE

artigo 34, da perturbação do trabalho ou do sossego alheio do artigo 41 e do exercício ilegal de profissão ou atividade do artigo 47 em que a aplicação de uma pena de prisão simples que pode alcançar o lapso temporal de cinco anos⁷⁸⁷ resulta drasticamente desproporcional.

⁷⁸⁷ O artigo 10 da Lei de Contravenções penais (Lei 3.688/41) estabelece que “a duração da pena de prisão simples não pode, em caso algum, ser superior a cinco anos...”

Consideraciones finales

1. La historia del contexto punitivo tanto en España como en Brasil en los últimos siglos todavía sigue vinculada a la pena de prisión, a la cual se conectaron *diversas formas de trabajo*, dentro y fuera de los establecimientos penitenciarios. Se constata que en cualquier normativa relacionada con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, ésta está directamente asociada a la pena privativa de libertad. La introducción de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en los dos sistemas jurídicos penales abre, en el panorama punitivo, un nuevo camino a la consolidación de las penas de cumplimiento en la comunidad. Con este objetivo, resulta imprescindible desvincular la concepción del sistema punitivo de un sistema eminentemente penitenciario, y eso teniendo en cuenta un desarrollo de un mecanismo amplio de aplicación y ejecución de sanciones que abarque tanto el ámbito penitenciario como el de las penas que se cumplan en medio abierto.
2. Desde un punto de vista penológico, la ventaja de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como sanción no está tan vinculada a un efecto *preventivo general* contundente, sino al hecho de preservar al condenado de las atrocidades del medio carcelario, tan negativas en múltiples aspectos.
3. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad constituye un oportuno ejemplo para la concepción del Derecho penal y de la pena como un instrumento de comunicación que se establece entre los ciudadanos y el delincuente, otorgándole a este una función más participativa que simplemente la de recibir una censura. La imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad comunica al condenado la censura que su mala conducta merece, dentro de los presupuestos de la proporcionalidad, y la ejecución de esta sanción puede contribuir a que el condenado asuma las consecuencias causadas por su conducta y empiece un proceso de autorreflexión y responsabilización. Es justamente en

ese contexto que las actividades prestadas pueden ser entendidas como una forma de *compensación* del condenado con relación a la víctima y a la comunidad. En las hipótesis en las que concurre una gran relación entre la esencia de la actividad prestada y la naturaleza de la infracción penal, se hace más evidente el contenido comunicativo de la sanción, además de la significación del trabajo realizado por el condenado como compensación dirigida a la colectividad.

4. No se deben olvidar las posibilidades de recuperación que la sanción ofrece, al permitir que el condenado tenga una experiencia en sus relaciones con la comunidad, demostrando, de acuerdo con sus *aptitudes* artísticas o profesionales, que sus actividades prestadas pueden reflejar un ejercicio de conciencia ciudadana. No sólo por esos motivos, sino también a través de una educación espiritual que implica un aprendizaje de desarrollo de los sentimientos, ayudando a formar la autoconciencia del individuo.
5. La progresiva implementación de una orientación de origen reparadora en el Derecho penal permite poner la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en una posición de especial relevancia sistemática, puesto que se trata, actualmente, de la única pena con contenido reparador aceptada en los dos ordenamientos sometidos a examen. Estas actividades desarrolladas en la el seno social actúan como reparación simbólica a la sociedad en todos aquellos casos en los cuales se elige la imposición de esta pena, aunque no haya una víctima específica.
6. Esta pena, aunque parezca más barata que la prisión, es, en realidad, *cara*; necesita de la creación de un aparato burocrático; hay que reorganizarla, frente a su actual configuración ejecutiva en ambos ordenamientos y ello requeriría un elevado esfuerzo financiero. No parece que pueda afirmarse, realmente, que la economía de nuestros países (sobre todo, Brasil) y, de modo decisivo, el

ambiente político-criminal actual, permitan tan simplemente la creación de estas instituciones con costes económicos considerables.

7. Tanto en España como en Brasil, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad fue, *equivocadamente*, ubicada sistemáticamente entre las penas privativas de derechos, ya que su principal contenido no se basa en las restricciones que derivan de esta pena, sino en la obligación de *hacer* algo en beneficio de la comunidad. Las prestaciones y su desarrollo en el tiempo libre del condenado suponen serias restricciones al individuo. En ese sentido, consecuentemente, esta pena debería situarse *de lege ferenda*, en una sección independiente, dedicada a las penas cumplidas en la comunidad.
8. La exigencia impuesta, principalmente en el ordenamiento jurídico español, respecto del consentimiento del condenado para la aplicación de la prestación no puede establecerse como requisito formal para eludir la prohibición constitucional de trabajos forzados. La razón del consentimiento debe expresarse sobre el fundamento de algunos aspectos relativos al postulado de humanidad de las penas, como garantía de que esta pena pueda resultar en una consecuencia jurídica al delito menos aflictiva al condenado y, por otro lado, el criterio del consentimiento pueda ser interpretado como el compromiso de la realización de una actividad que se le proponga en la ejecución de la pena, resultando en una participación activa y positiva del condenado con relación a la comunidad.
9. La reforma de la LO 15/2003 introdujo la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como sanción principal en diversos delitos. A pesar de la positiva novedad que esta reforma ha supuesto para el sistema penal español, lo que se sabe es que la repercusión es todavía muy pequeña. En *primer lugar*, porque sólo se conminan con penas de trabajos en beneficio de la comunidad un total de cuatro delitos y cinco faltas, de modo que la reintroducción de las penas

privativas de libertad de escasa duración y, sobre todo, la previsión de éstas en gran parte de los supuestos en los que antes de la reforma se daba la desaparecida pena de arrestos de fin de semana, nos lleva a creer en una aplicación poco frecuente y que ponen en cuestión los efectos de disminución del recurso a la privación de la libertad que habrían podido generarse. En *segundo lugar*, porque el legislador no ha previsto la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en las figuras penales que ocupan un sector más importante de la criminalidad, como el hurto simple, robo con fuerza en las cosas, los daños, las lesiones poco graves e incluso el tráfico de drogas en pequeñas cantidades.⁷⁸⁸

10. También con la puesta en marcha de la LO 15/2003, la regulación del régimen de sustitución de penas permite, por fin, la aplicación de trabajos en beneficio de la comunidad como sustitutivo *directo* de la prisión. No obstante, la normativa presenta algunos problemas que derivan de los módulos de conversión de penas previstos en el artículo 88 del Código Penal. Teniendo como objetivo hacer posible una aplicación realista de esta pena, la solución más razonable sería no imponer más de 180 jornadas de trabajo, aplicando los criterios de conversión a los *límites* del artículo 33.3 k e 33.4 h del Código penal.
11. Debe celebrarse la regulación de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad resultante de la reforma de la LO 15/2003 en lo que atañe a que el artículo 49 del Código Penal haya añadido en su párrafo sexto el régimen de no cumplimiento de la pena, así como la atribución al Juez de Vigilancia Penitenciaria del control de este incumplimiento. Este cambio permitirá la *descongestión* de las instancias judiciales sentenciadoras del sector de las incidencias de esta pena en la fase de ejecución. Este hecho puede contribuir a una mejor predisposición de los jueces y magistrados para la aplicación de esa pena.

⁷⁸⁸ Assim, CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.), *Penas alternativas a la prisión*, p. 29; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, pp. 516 e 517.

12. Merece también una valoración *positiva* la previsión de los trabajos en beneficio de la comunidad en el ámbito de la responsabilidad personal subsidiaria por el hecho de no pagar la multa. Sin embargo, el criterio de conversión de dos cuotas de multa por un día de trabajo acaba comportando la aplicación de penas de trabajos a la comunidad de larga duración. Por ello, persiguiendo una aplicación más realista y razonable de esa pena, se debería utilizar el criterio establecido en el artículo 33.4 h del Código penal.

13. Respecto de las consecuencias del incumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad en España, se debe valorar la posibilidad de que antes de apreciar el no cumplimiento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria pueda ordenar la continuación del cumplimiento de la pena en el mismo o en otro establecimiento. En todo caso, para los casos en que el Juez aprecie el no cumplimiento, la actual previsión es poco clara. Así, sería necesario que la normativa prevea con antelación los efectos del no cumplimiento dependiendo de la función en la que se prestan los trabajos. Si los trabajos estuvieran asociados a la pena sustituta, el Juez podría revocar la sustitución basada en el artículo 88.2 del Código penal. Si los trabajos son impuestos en el ámbito de la responsabilidad personal subsidiaria por no pagar la multa, el Juez podría imponer otra pena prevista en el ámbito del artículo 53 del Código penal. Y, finalmente, si los trabajos son aplicados como pena principal, el artículo 49 *de lege ferenda* debería establecer una consecuencia jurídica alternativa a la de trabajos en el concreto tipo penal.⁷⁸⁹

14. En Brasil, la pena de prestación de servicios a la comunidad, conforme a la Ley 9.714/98, sólo podrá aplicarse como alternativa a la condena superior a *seis meses* de prisión de acuerdo con el artículo 46 del Código penal. Esto constituye una injustificada limitación, en el sentido de que no hay razones político

⁷⁸⁹ Nesse sentido, BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, p. 332; LANDROVE DÍAZ, *La Ley 6093 (2004)*, p. 04; VARONA GÓMEZ, REIC (2004), p. 06; TORRES ROSELL, *op.cit.*, p. 519; BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 167; OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*, p. 330.

criminales que justifiquen los motivos que llevaron al legislador brasileño a tener este gran error.

15. Esta limitación, en términos aplicativos, constituye la *imposibilidad* de poner en práctica la mejor adecuación de la pena justa al caso concreto. Para un ordenamiento jurídico que tiene la pretensión de ampliar las opciones alternativas a la pena de prisión, por lo menos parece extraño que la aplicación de la sanción sea destinada a las condenas superiores a seis meses.
16. Si con relación al delito cometido, el perfil de los condenados por penas alternativas y de los condenados en establecimientos de prisión se diferencia, en el tema socioeconómico, sus perfiles equivalen estrictamente. Datos como la raza, la escolaridad, la edad, la ocupación y la renta indican que la *selección* promovida por el sistema penal no se distingue sustancialmente en uno u otro caso. Las informaciones obtenidas en la investigación del ILANUD demuestran que el control ejercido por medio de las penas alternativas también incide fuertemente sobre el hombre joven, mestizo o negro, con poca instrucción, proveniente de las clases sociales más bajas. Este perfil está, sobre todo, de acuerdo con la representación de una criminalidad patrimonial de menor impacto, lo cual se demuestra por la incidencia predominante del hurto entre los delitos que llevaron a la condena.
17. Sería también oportuno, en el ordenamiento brasileño, teniendo como ejemplo al español, aplicar la pena de prestación de servicios a la comunidad como pena *principal*, ya conminándola en el propio tipo penal, principalmente en aquellos relacionados con el patrimonio y que no son cometidos con violencia en la persona, así como en aquellos considerados de riesgo a la comunidad cuyo bien jurídico no haya sido efectivamente afectado. Además, se propone también la exclusión de la previsión de la pena de prisión simple en la Ley de

Contravenciones Penales y la introducción de la pena de prestación de servicios a la comunidad como pena principal a esas infracciones de reducidísimo potencial ofensivo.

18. Una eficaz ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad exige perfecta coordinación entre los agentes implicados: el poder judicial, los técnicos de la administración, las entidades de prestación y los condenados. La relación entre el órgano sentenciador y los técnicos de la administración resulta importante en el asesoramiento al Juez sobre la adecuación de los servicios prestados por el condenado. Para ello, resulta muy importante tener un gran número de plazas de trabajo que permitan adaptar la actividad a desarrollarse a las habilidades del reo, satisfaciendo al tiempo las finalidades reparatoras.
19. En un plano práctico, se concluye que son muchas las *dificultades* conocidas, que van desde la falta de entidades adecuadas para la ejecución, así como la falta de cuerpo técnico capaz de ser responsable del control efectivo, hasta la problemática de la actitud del reo a la hora de aceptar la pena impuesta. Sin embargo, como dice ROXIN: “los problemas organizacionales son superables y un moderno ordenamiento jurídico penal no puede renunciar al intento de convertir en ejecutable esa sanción”.⁷⁹⁰
20. Teniendo en cuenta lo expuesto, resta finalizar añadiendo que para que una política *centrada* en las penas alternativas a la prisión obtenga éxito, es necesario que, además de la creación de mecanismos para que un programa pueda, de forma satisfactoria, acompañar su ejecución, sea tomado como referencia un paradigma que no esté centrado en la pena privativa de libertad. Si, de hecho, la dicotomía pena de prisión *versus* pena alternativa siempre se da en las discusiones académicas, es necesario que esta política de alternativas realmente

⁷⁹⁰ ROXIN, DP (1979), p. 519.

CONSIDERACIONES FINALES

se materialice y la complementariedad ceda el paso a la oposición y se construya plenamente una nueva mentalidad, un nuevo paradigma.

Bibliografia citada

AGUIRRE, Carlos,

“Carcere e sociedade na América Latina, 1800 – 1940” em: MAIA *et al.*, *História das prisões no Brasil*, Vol. I, Rio de Janeiro, 2009, pp. 35 – 78 (Cit.: AGUIRRE, em: MAIA *et al.*, *História das prisões no Brasil*).

ALASTUEY DOBÓN, María Carmen,

La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000 (Cit.: ALASTUEY DOBÓN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*).

ÁLVAREZ GARCÍA, Javier,

Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español. Granada, 2001 (Cit.: ÁLVAREZ GARCÍA, *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*).

ÁLVAREZ ZABALA, Enrique,

Ensayo sobre las ideas filosófico-jurídicas de Protágoras. Imprenta Góngora. Madrid, 1931 (Cit.: ÁLVAREZ ZABALA, *Ensayo sobre las ideas filosófico-jurídicas de Protágoras*).

APOLINÁRIO, Marcelo Nunes,

“Aplicação alternativa nas infrações contra o meio ambiente definidas na lei 9.605/98”, em: Michelon/Tavares (eds.), *Memória e Patrimônio: ensaios sobre a diversidade cultural*. Editora UFPEL. Pelotas, 2008, pp. 275 – 290 (Cit.: APOLINÁRIO, em: MICHELON/TAVARES (eds.), *Memória e Patrimônio: ensaios sobre a diversidade cultural*).

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos,

BIBLIOGRAFIA CITADA

“La pena de trabajos en beneficio de la comunidad”, CPC 70 (2000), pp. 07 – 43.

ASÚA BATARRITA, Adela,

“El trabajo al servicio a la comunidad como alternativa a otras penas” em: *Estudios de Deusto*. Bilbao, 1984 (Cit.: ASÚA BATARRITA, em: *Estudios de Deusto*).

“El régimen penitenciario abierto. Consideraciones sobre su fundamentación”, em: *Criminología y Derecho Penal de la Persona*. Instituto Vasco de Criminología, 1989 (Cit.: ASÚA BATARRITA, em: *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*).

AYO FERNÁNDEZ, Manuel,

Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito. Aranzadi. Pamplona, 1997 (Cit.: AYO FERNÁNDEZ, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*).

AZEVEDO, Mônica Louise de,

Penas alternativas à prisão. Juruá. Curitiba, 2006 (Cit.: AZEVEDO, *Penas alternativas à prisão*).

BACIGALUPO, Enrique,

Manual de Derecho Penal. Parte General. Temis. Santa Fé de Bogotá, 1994 (BACIGALUPO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*).

BARATTA, Alessandro,

"Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", Buenos Aires, DP (1985).

Criminologia critica e critica do direito penal: introdução a sociologia do direito penal. F. Bastos. Rio de Janeiro, 1999 (Cit.: BARATTA, *Criminologia critica e critica do direito penal*).

BECK, Ulrich,

BIBLIOGRAFIA CITADA

La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad. Paidós Ibérica. Barcelona, 2006 (BECK, *La sociedad del riesgo*).

BENTHAM, JEREMY,

“Punishment and deterrence”, em *Principled Sentencing*. Reading son Theory & Policy. Oxford, 1998 (Cit.: BENTHAM, em: *Principled Sentencing*).

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón,

Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Praxis. Barcelona, 1999 (Cit.: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*).

BERNAL VALLS, Jesus,

“Las penas privativas de derecho en el nuevo Código Penal”, RGD 652 (1999), pp. 13 – 31.

BETTIOL, Giuseppe,

O mito da reeducação. Trad. Fernando Miranda. Coimbra, 1967 (Cit.: BETTIOL, *O mito da reeducação*).

BITENCOURT, Cezar Roberto,

Novas penas alternativas. Análise político criminal das alterações da lei 9.714/98. 2ª, ed. Saraiva. São Paulo, 2000 (BITENCOURT, *Novas penas alternativas*).

Falência da pena de prisão. Causas e alternativas. 3ª, ed. Saraiva. São Paulo, 2004 (BITENCOURT, *Falência da pena de prisão*).

Juizados especiais criminais e alternativas à pena privativa de liberdade. Livraria do Advogado editora. Porto Alegre, 1995 (BITENCOURT, *Juizados especiais criminais e alternativas à pena privativa de liberdade*).

BLAY GIL, Éster,

BIBLIOGRAFIA CITADA

"Una apuesta paradójica: modificaciones introducidas en la regulación de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad por la LO 15/2003, de modificación del CP", RJD 51 (2004), pp. 19 a 25.

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Tesis Doctoral. Bellaterra, 2006.

"El trabajo en beneficio de la comunidad como pena para la violencia familiar", RDPC (2007), pp. 397 – 426.

"Nueve tópicos acerca del trabajo en beneficio de la comunidad: la necesidad de una discusión basada en conocimientos empiricos", InDret 4 (2007).

El trabajo en beneficio de la comunidad: regulación y aplicación práctica. Atelier. Barcelona, 2007 (Cit.: BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad*).

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel,

“Penas restrictivas de derechos” em: GRACIA MARTÍN (Ed.) *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, pp. 111- 161 (Cit.: BOLDOVA PASAMAR, em: GRACIA MARTÍN (ed.) *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*).

BOULOC, Bernard,

Pénologie, 1998 (Cit.: BOULOC, *Pénologie*).

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel,

El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal. Tirant Monografía. Valencia, 2002 (Cit.: BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*).

La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009 (Cit.: BRANDARIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*).

BURILLO ALBACETE, Fernando,

El nacimiento de la pena privativa de libertad. Edersa, 1999 (Cit.: BURILLO ALBACETE, *El nacimiento de la pena privativa de libertad*).

BIBLIOGRAFIA CITADA

BUSTOS RAMIREZ, Juan,

“A pena e suas teorias”, em: *Fasciculos de ciencias penais*, 3 (1992), pp. 91 e ss.

El pensamiento criminológico. Ediciones Peninsula. Barcelona, 1983 (Cit.: BUSTOS RAMIREZ, *El pensamiento criminológico*).

Manual de Derecho Penal español. Parte General. Ariel. Barcelona, 1984 (Cit.: BUSTOS RAMIREZ, *Manual de Derecho penal español. Parte General*).

BUSTOS RAMIREZ, Juan, e HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán

“Pena y Estado”, em: *Bases criticas de un nuevo derecho penal*. Temis. Bogotá, 1992 (Cit.: BUSTOS RAMIREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, em: *Bases criticas de un nuevo derecho penal*).

CADALSO, Fernando,

Instituciones Penitenciarias y similares en España. Madrid: José Góngora, 1922 (Cit.: CADALSO, *Instituciones Penitenciarias y similares en España*).

CANCIO MELIÁ, Manuel, e FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo,

¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar, en JAKOBS, *La pena estatal: Significado y finalidad*, Madrid 2007, pp. 53 e ss.

CAPEZ, Fernando,

Curso de Direito Penal. Parte Geral. Vol. I. Saraiva. São Paulo, 2006 (Cit.: CAPEZ, *Curso de Direito penal. Parte Geral*).

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, e GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis,

Derecho Penal. Parte Especial, em: VIVES ANTÓN et al. 2., ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008 (Cit.: CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, em: VIVES ANTÓN et al).

CARRARA, Francesco,

BIBLIOGRAFIA CITADA

Programa de derecho criminal. Trad. Ortega y Guerrero. Temis. Bogotá, 1956 (Cit.: CARRARA, *Programa de derecho criminal*).

Programa do Curso de Direito Criminal: Parte Geral. Trad. Ricardo de Rodrigues Gama. LZN. Campinas, 2002 (Cit.: CARRARA, *Programa do Curso de Direito Criminal*).

CID MOLINÉ, José,

"El trabajo en beneficio de la comunidad", em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.) *Penas alternativas a la prisión*. Bosch. Barcelona, 1997 (Cit.: CID MOLINÉ, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.) *Penas alternativas a la prisión*).

"Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)", RDPP 2 (2004), pp. 215 – 232.

CID MOLINÉ, José, e LARRAURI PIJOAN, Elena,

Penas alternativas a la prisión. Bosch. Barcelona, 1997 (Cit.: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, *Penas alternativas a la prisión*).

"Penas alternativas y delincuencia violenta", em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.), *La delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?* Tirant lo Blanch. Valencia, 2005 (Cit.: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, em: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.), *La delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*).

Jueces penales y penas en España. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002 (Cit.: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, *Jueces penales y penas en España*).

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio,

"Las penas privativas de derechos en la reforma penal", AP 8 (1997), pp. 147 – 177).

CHRISTIE, Nils,

La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto? Trad. Sara Costa. Editores del Porto. Buenos Aires, 1993 (Cit.: CHRISTIE, *La industria del control del delito*).

CLEMMER, Donald,

BIBLIOGRAFIA CITADA

“Imprisonment as a source of criminality”, em: *Readings in criminology and penology*. Editora David Dressler, USA, 1964 (Cit.: CLEMMER, em: *Readings in criminology and penology*).

COHEN, Stanley,

“The punitive city: notes on the dispersal of social control”, em: *Contemporary crises*, 1979 (Cit.: COHEN, em: *Contemporary crises*).

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,

“Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal”, RDPC (19994), pp. 154 – 194.

COSTA, Tailson Pires,

Penas alternativas. Reeducação adequada ou estímulo à impunidade? Max Limonad Editora. São Paulo, 2000 (Cit.: COSTA, *Penas alternativas*).

CRUZ, Walter Rodrigues da,

As penas alternativas no direito pátrio. Editora de Direito. São Paulo, 2000 (Cit.: CRUZ, *As penas alternativas no direito pátrio*).

DE LA COURT, Patrick,

“La peine de travail autonome: um Chantier”, RDPetC (2004).

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis,

El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva. Guipúzcoa, 1982 (Cit.: DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El trabajo penitenciario resocializador*).

“La sanción de trabajos en provecho de la comunidad”, La Ley 1194 (1985), pp. 223 e ss.

DEL CAMPO, Eduardo Roberto,

BIBLIOGRAFIA CITADA

Penas restritivas de direitos. Considerações sobre a Lei 9.714 de 25.11.1998. Juarez de Oliveira Editora. São Paulo, 1999 (DEL CAMPO, *Penas restritivas de direitos*).

DELMANTO, Celso,

Código Penal Comentado. 3ª edição. Renovar. Rio de Janeiro, 1991 (Cit.: DELMANTO, *Código Penal Comentado*).

DE SOLA DUEÑAS, Angel,

“Penas alternativas, formas substitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad en el nuevo Código penal”, RDPC 6 (1996), pp. 1201 – 1225.

DE SOLA DUEÑAS, Angel, GARCÍA ARÁN, Mercedes, e HORMAZÁBAL MALARÉE, Horacio,

Alternativas a la prisión, PPU. Barcelona, 1986 (Cit.: DE SOLA DUEÑAS/GARCÍA ARÁN/ HORMAZÁBAL MALARÉE, *Alternativas a la prisión*).

DOLCINI, Emilio,

“Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e político criminali”, RIDPP (1977).

DOTTI, René Ariel,

“O novo sistema de penas”, em *Reforma Penal*. Saraiva. São Paulo, 1985 (Cit.: DOTTI, em: *Reforma penal*).

Bases e alternativas para o sistema de penas. RT. São Paulo, 1998 (Cit.: DOTTI, *Bases alternativas para o sistema de penas*).

DUFF, Anthony,

Punishment, Communication and Community. Oxford University Press. Oxford, 2001 (Cit.: DUFF, *Punishment, Communication and Community*).

"Desert and penance", em: *Principled Sentencing*. Oxford, 1998 (Cit.: DUFF, em: *Principled Sentencing*).

BIBLIOGRAFIA CITADA

Trials and punishment. Cambridge University Press. Cambridge, 1986 (Cit.: DUFF, *Trials and punishment*).

DUFF, Anthony, e GARLAND, David,

A reader on punishment. Oxford University Press. Oxford, 1994 (Cit.: DUFF/GARLAND, *A reader on punishment*).

FEELEY, Michael, e SIMON, Jonathan,

“The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications”, *Criminology* 4 (1992), pp. 539 – 559.

FELIP I SABORIT, David,

“Las Lesiones”, em: SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*. 2ª ed. Atelier. Barcelona, 2009 (Cit.: FELIP I SABORIT, em: SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*).

FERNANDES, Fernando,

O processo penal como instrumento de política criminal. Almedina. Coimbra, 2001 (Cit.: FERNANDES, *O processo penal como instrumento de política criminal*).

FERRAJOLI, Luigi,

Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andres Ibanez y otros. Trotta. Madrid, 1995 (Cit.: FERRAJOLI, *Derecho y razón*).

FERREIRA, Gilberto,

“A prestação de serviços à comunidade como pena alternativa”, RT 647 (1989), pp. 259 e ss.

Aplicação da pena. Forense Jurídica. Rio de Janeiro, 1995 (Cit.: FERREIRA, *Aplicação da pena*).

BIBLIOGRAFIA CITADA

FILOMENO, José Geraldo Brito,

Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Forense. Rio de Janeiro, 1998 (Cit.: FILOMENO, *Código brasileiro de defesa do consumidor*).

FONSECA, Paloma Siqueira,

“A presiganga real (1808 – 1831): Trabalho forçado e punição corporal na Marinha”, em: MAIA *et al.*, *História das prisões no Brasil*, Vol. I, pp. 109 – 134 (Cit.: FONSECA, em: MAIA *et al.*, *História das prisões no Brasil*).

FOUCAULT, Michel,

Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión. 12ª ed. Siglo XXI. Madrid, 2000 (Cit.: FOUCAULT, *Vigilar y castigar*).

Microfísica do poder. 11ª ed. Graal. Rio de Janeiro, 1993 (Cit.: FOUCAULT, *Microfísica do poder*).

FRAGOSO, Heleno Cláudio,

Direitos dos presos: os problemas de um mundo sem lei. Forense. Rio de Janeiro, 1980 (Cit.: FRAGOSO, *Direitos dos presos*).

FRANCO, Alberto Silva,

“A pena de prestação de serviços à comunidade”, em: *Temas de Direito penal*. Saraiva. São Paulo, 1986 (Cit.: FRANCO, em: *Temas de Direito penal*).

FREITAS, Vladimir Passos, e FREITAS, Gilberto Passos,

Crimes contra a natureza. RT. São Paulo, 2006 (Cit.: FREITAS/FREITAS, *Crimes contra a natureza*).

GALINDO MARTÍNEZ, Gema,

BIBLIOGRAFIA CITADA

Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608 – 1913). Edisofer. Madrid, 2002 (Cit.: GALINDO MARTÍNEZ, *Galerianas, corrigendas y presas*).

GARCÍA ALBERO, Ramón, e TAMARIT SUMALLA, Josep Maria,

La reforma de la ejecución penal. Valencia, 2004 (GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*).

GARCÍA ARÁN, Guillermo,

“El trabajo en beneficio de la comunidad. Una pena alternativa a la prisión”, CJ 38 (1996), pp. 36 – 48.

GARCÍA ARÁN, Mercedes,

Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995. Aranzadi. Pamplona, 1997 (Cit.: GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*).

GARCÍA BASALO, Carlos,

San Martín y la reforma carcelaria. Arayú. Buenos Aires, 1954 (GARCÍA BASALO, *San Martín y la reforma carcelaria*).

GARCÍA CALDERÓN, Jesus Maria,

XII Jornadas penitenciarias lucences. Penas de arresto de fin de semana y de las de trabajo en beneficio de la comunidad. Servicio de publicaciones Diputación Municipal de Lugo. Lugo, 1999 (Cit.: GARCÍA CALDERÓN, *XII Jornadas penitenciarias lucences*).

GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio,

Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos. Valencia, 2001 (Cit.: GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, *Criminología*).

BIBLIOGRAFIA CITADA

“La resocialización de la víctima, sistema legal y política criminal”, en: *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*. LH al Profesor ANTONIO BERISTAIN, 1989 (Cit.: GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, en: *Criminología y Derecho penal ao servicio de la persona*. LH al Profesor ANTONIO BERISTAIN).

“Régimen abierto y ejecución penal”, REP, 240 (1988), pp. 40 e ss.

GARCÍA RAMIREZ, Sergio,

La prisión. Fondo de cultura económica. México, 1975 (Cit.: GARCÍA RAMIREZ, *La prisión*).

GARCÍA RIVAS, Nicolás,

El poder punitivo en el Estado democrático. Universidad Castilla la Mancha, 1996 (Cit.: GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*).

GARCÍA VALDÉS, Carlos,

La nueva penología. Instituto de Criminología. Madrid, 1977 (Cit.: GARCÍA VALDÉS, *La nueva penología*).

GARLAND, David,

La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Gedisa. Barcelona, 2005 (Cit.: GARLAND, *La cultura del control*).

"As contradições da sociedade punitiva: o caso britânico", RSP 13 (1999).

Punishment and modern society. Oxford University Press. Oxford, 1999 (Cit.: GARLAND, *Punishment and modern society*).

GAROFALO, Raffaele,

Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión. B de F ed., 2005 (Cit.: GAROFALO, *Criminología*).

GIDDENS, Anthony,

BIBLIOGRAFIA CITADA

As conseqüências da modernidade. Editora Unesp. São Paulo, 1991 (Cit.: GIDDENS, *As conseqüências da modernidade*).

GIL GIL, Alicia,

“Prevención general positiva y función ético-social del derecho penal”, em: DIEZ RIPOLLÉZ, *La nueva ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, LH al Profesor Dr. CEREZO MIR, 2002, pp. 09 – 36 (Cit.: GIL GIL, em: DIEZ RIPOLLÉZ, *La nueva ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, LH al Prof. Dr. CEREZO MIR).

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique,

“¿Tiene un futuro la dogmatica de la culpabilidad?”, em: *Estudios de Derecho penal*. 2ª ed. Civitas. Madrid, 1981 (GIMBERNAT ORDEIG, em: *Estudios de Derecho penal*).

GÓMES ARROYO, José Luis,

"Apuntes sobre la pena de trabajo en beneficio de la comunidad", NJ. Disponível em: www.noticias.juridicas.com Acesso em 21.07.2005.

GOMES, Luis Flávio,

Penas e medidas alternativas à prisão. RT. São Paulo, 2000 (Cit.: GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*).

GOFFMAN, Irving,

Manicômio, prisões e conventos. Perspectiva. São Paulo, 2003 (GOFFMAN, *Manicômio, prisões e conventos*).

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios,

Penas alternativas. Editora Paloma. São Paulo, 2003 (Cit.: Gonçalves, *Penas alternativas*).

GRAMSCI, Antonio,

BIBLIOGRAFIA CITADA

Política y sociedad. Trad. Jordi Solé Tuara. Editora Península. Barcelona, 1977 (Cit.: GRAMSCI, *Política y sociedad*).

GREENHALGH, Juvenal,

Presigangas e calabouços: prisões da Marinha do século XIX. Rio de Janeiro (Cit.: GREENHALGH, *Presigangas e calabouços*).

HARLAND,

“Court-ordered community service in criminal law: the continuing tyranny of benevolence?”, BLR, 29 (1980), pp. 425 -486.

HASSEMER, Winfried,

Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde y Maria del Mar Díaz Pita. Temis. Bogotá, 1999 (Cit.: HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*).

"Fines de la pena“, em: *Derecho penal y ciencias sociales*. Trad. Maria Tereza Castiñera. España, 1982 (Cit.: HASSEMER, em: *Derecho penal y ciencias sociales*).

Fundamentos de derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde y Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona, 1984 (Cit.: HASSEMER, *Fundamentos de derecho penal*).

HASSEMER, Winfried, e MUÑOZ CONDE, Francisco,

Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989 (Cit.: HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*).

HEGEL, Georg Friedrich,

Filosofía del derecho. México, 2009 (Cit.: HEGEL, *Filosofía del derecho*).

VON HIRSCH, Andrew,

“Non-custodial penalties and the principles of desert”, Crim. L. R. 275 (1998).

BIBLIOGRAFIA CITADA

“Proportionate Sentences: a desert perspective”, em: VON HIRSCH/ASHWORTH, *Principled Sentencing* (1998) (Cit.: VON HIRSCH, em: VON HIRSCH/ASHWORTH, *Principled Sentences*).

“Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena”, em: ZAPATERO/NEUMANN/NIETO (eds.) *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca, 2003 (Cit.: von HIRSCH, em: ZAPATERO/NEUMANN/NIETO (eds.) *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*).

“The ethics of community-based sanctions”, em *Crime and delinquency* 36 (1990), pp. 162 – 173.

Censurar y castigar. Trad. Elena Larrauri Pijoan. Trotta. Madrid, 1998 (Cit.: VON HIRSCH, *Censurar y castigar*).

HOME OFFICE 1970,

Non custodial and semi-custodial penalties. Reporto of the Advisory Council on the Penal system. Londres. Her Majesty’s Stationary Office (Cit.: HOME OFFICE 1970).

HOME OFFICE 1992,

National Standards for the supervision of offenders in the community. Londres. Her Majesty’s Stationary Office. (Cit.: HOME OFFICE 1992).

HOME OFFICE 1995,

National Standards for the supervision of offenders in the community. Londres. Her Majesty’s Stationary Office. (Cit.: HOME OFFICE 1995).

HOME OFFICE 2000,

National Standards for the supervision of offenders in the community. Londres. Her Majesty’s Stationary Office. (Cit.: HOME OFFICE 2000).

JAKOBS, Günther,

Derecho Penal, Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación objetiva. Marcial Pons. Madrid, 1995 (Cit.: JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*).

BIBLIOGRAFIA CITADA

Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn, 2004 [= La pena estatal: Significado y finalidad (trad. Cancio Meliá/Feijoo Sánchez), Madrid 2007].

JAREÑO LEAL, Ángeles,

"La pena de multa y las penas privativas de derechos", em: *Estudios jurídicos en memoria del Professor Casabá Ruiz, Vol. II*. Valencia, 1997 (Cit.: JAREÑO LEAL, em: *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Casabó Ruiz, Vol. II*).

JESCHECK, Hans – Heinrich,

Tratado de Derecho Penal, Parte General. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993 (Cit.: JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*).

"Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal", em: *Tres conferencias de Derecho penal*, 1985 (JESCHECK, em: *Tres conferencias de Derecho penal*).

JESUS, Damásio Evangelista de,

Lei dos juizados especiais criminais anotada. Saraiva. São Paulo, 1997 (Cit.: JESUS, *Lei dos juizados especiais criminais anotada*).

Regras de Tóquio. Editora Paloma. São Paulo, 1998 (Cit.: JESUS, *Regras de Tóquio*).

Código penal anotado. 2ª ed. Saraiva. São Paulo, 1999 (Cit.: JESUS, *Código penal anotado*).

Penas alternativas. 2ª ed. Saraiva. São Paulo, 2000 (Cit.: JESUS, *Penas alternativas*).

"Pena de prestação de serviços à comunidade cumprida em empresa privada com fins lucrativos", disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_b15_02.html. Acesso em: 14.09.2009.

JORGE BARREIRO, Augustín,

"Directrices político criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones em el Código Penal español de 1995", AP 23 (2000), pp. 487 – 517.

BIBLIOGRAFIA CITADA

“Art. 49”, em: RODRIGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentários al Código penal*. Civitas. Madrid, 1997, pp. 221 – 226 (Cit.: JORGE BARREIRO, em: RODRIGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentários al Código penal*).

JUNGER – TAS, Josine,

Alternatives to prison sentences: Experiences and developments. Kluger. Amsterdam – Nueva York, 1994 (Cit.: JUNGER – TAS, *Alternatives to prison sentences*).

KALMTHOUT, Anton, e TAK, P,J,P,

Sanction System in the Member States of the Council of Europe: deprivation of liberty, community service and other substitutes. Part I. Arnhem: Kluwer, 1988 (KALMTHOUT/TAK, *Sanctions Systems in the Member States of the Council of Europe*).

KANT, Immanuel,

Principios metafísicos de la doctrina del Derecho. UNAM. México, 1978 (Cit.: KANT, *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*).

Fundamentación metafísica de las costumbres. 7ª ed. Trad. García Morente. Espasa – Calpe. Madrid, 1983 (Cit.: KANT, *Fundamentación metafísica de las costumbres*).

KERN, Fritz,

Derechos del Rey y derechos del pueblo. Trad. Angel Lopez – Arno. Madrid, 1955 (Cit.: KERN, *Derechos del Rey y derechos del pueblo*).

KILCOMMINS, Shane,

The introduction of community service orders: an historical interpretation. Chichester: Barry Rose Law Publishers Limited, 2002 (Cit.: KILCOMMINS, *The introduction of community service*).

KLUG, Ulrich,

BIBLIOGRAFIA CITADA

“Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel”, en: LH al Profesor Jimenez de Asúa. Trad. Enrique Bacigalupo. Pannedille. Buenos Aires, 1970.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo,

“La pena de trabajos en beneficio de la comunidad”, Diario La Ley 6093 (2004), pp. 01 – 08. Disponible electrónicamente en: laley.net.

LARRAURI PIJOAN, Elena,

“La reparación“, en: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.), *Penas alternativas a la prisión*. Bosch. Barcelona, 1997 (Cit.: LARRAURI PIJOAN, en: CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.), *Penas alternativas a la prisión*).

"Relación entre el índice de delitos, población reclusa y penas alternativas a la prisión: algunas hipótesis", La criminología aplicada II, CDJ, 1998.

"Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión“, en: SILVINA BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (eds.) *Derecho penal y política transnacional*. Atelier. Barcelona, 2005 (Cit.: LARRAURI PIJOAN, en: SILVINA BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (eds.) *Derecho penal y política transnacional*).

LEÓN VILLALBA, Francisco Javier,

"Alternativas a las penas privativas de libertad", en: ARROYO/MONTAÑÉS (coords.), *Estudios de Criminología*. Cuenca. Universidad Castilla la Mancha, pp. 171 – 215 (Cit.: LEÓN VILLALBA, en: *Estudios de Criminología*).

VON LISZT, Franz,

A idéia do fim no Direito Penal. Trad. Hiltomar Oliveira. Editora Rideel. São Paulo, 2005 (Cit.: VON LISZT, *A idéia do fim no Direito Penal*).

Tratado de Direito Penal Alemão. Trad. José Higino Duarte Pereira. Russel. Campinas, 2003 (Cit.: VON LIZST, *Tratado de Direito Penal Alemão*).

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo,

“Artículos 39 a 49” en: COBO DEL ROSAL (ed.) *Comentarios al Código penal, Tomo III*. Edersa. Madrid, 2000, pp. 597 – 641 (Cit.: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (ed.) *Comentarios al Código penal, Tomo III*).

BIBLIOGRAFIA CITADA

"Las penas privativas de derechos", RDPJ 53 (1999), pp. 127 – 157.

LÓPEZ CABRERO, Gema,

"Penas cortas de prisión. Medidas substitutivas", PJ 40 (1995).

LÓPEZ GARRIDO, Diego, e GARCÍA ARÁN, Mercedes,

El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Madrid, 1996 (Cit.: LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*).

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel,

"Prevención general, sociedad y psicoanálisis", CPC 16 (1982).

MAESTRACCI, Nicole,

Le travail d'interet general: The French option in substituting short-term imprisonment, community service. A new option in punishment offenders in Europe. Albrecht editora. Freiburg, 1986 (Cit.: MAESTRACCI, *Le travail d'interet general*).

MAGRO SERVET, Vicente,

"Casos prácticos: Protocolo para la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad del art. 49 CP en relación con el RD 515/2005 de 6 de mayo", La Ley Penal 18 (2005).

"La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (El art. 49 del Código penal [Ley 15/2003, de 25 de noviembre]", em: Vieira Morante (dir.), *Las penas y sus alternativas*, 4 (2005), pp. 11 – 42 (Cit.: MAGRO SERVET, em: VIEIRA MORANTE (dir.), *Las penas y sus alternativas*).

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, e ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, Bélen,

"La ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana: El Real Decreto 690/1996 de 26 de abril", AP (1996), pp. 485 – 513.

BIBLIOGRAFIA CITADA

MAPPELLI CAFFARENA, Borba,

“La responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa”, RDPC 5 (2000), pp. 59 – 86.

“Criminología crítica y ejecución penal”, RPC 0 (1986).

MAPELLI CAFFARENA, Borba, e TERRADILLOS BASOCO, Juan,

Las consecuencias jurídicas del delito. 3a ed. Civitas. Madrid, 1996 (Cit.: MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*).

MARCÃO, Renato,

Curso de execução penal, 7ª ed. Saraiva. São Paulo, 2009 (Cit.: MARCÃO, *Curso de execução penal*).

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer,

Penas alternativas. Juruá. Curitiba, 2005 (Cit.: MARTINS, *Penas alternativas*).

MATRAVERS, Matt,

Punishment and political theory. Oxford University Press. Oxford, 1999 (Cit.: MATRAVERS, *Punishment and political theory*).

MAZA MARTÍN, José Manuel,

"Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo Código penal", CDJ (1996), pp. 139 – 183.

McIVOR, Gill,

"Reparative and restorative approaches", em: BOTTOMS/REX/ROBINSON (eds.), *Alternatives to prison. Options for insecure society*. Willan. Collumpton, 2004 (Cit.: McIVOR, em: BOTTOMS/REX/ROBINSON (eds.), *Alternatives to prison. Options for a insecure society*).

MELOSSI, Dario, e PAVARINI, MASSIMO,

BIBLIOGRAFIA CITADA

Cárcel y fábrica – los orígenes del sistema penitenciario. 3a, ed. Siglo XXI. México, 1987 (Cit.: MELOSSI/PAVARINI, Cárcel y fábrica).

MESSNER, Claudius, e RUGGIERO, Vincenzo,

"Germany: the penal system between past and future", em: RUGGIERO/RYAN/SIM (eds.) *Western European Penal Systems: a Critical Anatomy*. Sage. Londres, 1995 (Cit.: MESSNER/RUGGIERO, em: RUGGIERO/RYAN/SIM, *Western European Penal Systems: A Critical Anatomy*).

MEZGER, Edmund,

Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Trad. José Arturo Rodríguez – Muñoz. Madrid, 1935 (Cit.: MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*).

MIR PUIG, Santiago,

Introducción a las bases del Derecho penal. Bosch. Barcelona, 1976 (Cit.: MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*).

"Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva", ADPCP (1986).

El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Ariel Barcelona, 1994 (Cit.: MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*).

"Alternativas a la prisión en el nuevo Código penal", em: ASÚA BATARRITA (ed.) *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*. Bilbao, 1996 (Cit.: MIR PUIG, em: ASÚA BATARRITA (ed.), *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*).

Derecho Penal. Parte General. Reppertor. Barcelona, 2004 (Cit.: MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*).

MIRABETE, Julio Fabrini,

Manual de Direito Penal. Vol. I. Atlas. São Paulo, 1999 (Cit.: MIRABETE, *Manual de Direito Penal*).

MIRANDA RODRIGUES, Anabela,

BIBLIOGRAFIA CITADA

A determinação da medida da pena privativa de liberdade. Coimbra Editora. Coimbra, 1995 (Cit.: MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*).

MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción,

La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Barcelona, 2005 (Cit.: MOLINA BLÁZQUEZ, *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*).

MOMMSEN, Theodor,

El Derecho Penal Romano. Pamplona, 1999 (Cit.: MOMMSEN, *El Derecho Penal Romano*).

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel,

“Art. 379”, em: SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*. 2ª, ed. Atelier. Barcelona, 2009 (Cit.: MONTANER FERNÁNDEZ, em: SILVA SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*).

MOORE, Michael,

“The moral worth of retribution”, em: VON HIRSCH/ASHWORTH, *Principled Sentencing, Reading son Theory & Policy*. London, 1998 (Cit.: MOORE, em: VON HIRSCH/ASHWORTH, *Principled Sentencing, Reading son Theory & Policy*).

MÜLLER, Vera Regina,

“Prestação de serviços à comunidade como pena restritiva de direitos”, *AJURIS* 36 (1986), pp. 65 e ss.

“Prestação de serviços à comunidade. Uma alternativa viável às penas de encarceramento de curta duração – Resultados, IBCCRIM (1997), p. 10.

MUÑOZ CONDE, Francisco,

Introducción al Derecho Penal. Bosch. Barcelona, 1975 (Cit.: MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*).

BIBLIOGRAFIA CITADA

“La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, RCS 31 (1979).

Derecho penal y control social. Fundación Universitaria de Jerez. Jerez, 1985 (MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*).

Derecho Penal, Parte Especial. 16ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007 (Cit.: MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*).

MUÑOZ CONDE, Francisco, e GARCÍA ARÁN, Mercedes,

Derecho Penal, Parte General. 6ª ed., revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004 (MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*).

NEVES, Sheila Maria da Graça Coitinho,

Penas restritivas de direitos. Alternativa de punição justa. Juruá. Curitiba, 2008 (Cit.: NEVES, *Penas restritivas de direitos*).

NEVILLE FIGGIS, John,

El derecho divino de los reyes. Trad. Edmundo O'orgamann. Fondo de cultura económica. México, 1970 (Cit.: NEVILLE FIGGIS, *El derecho divino de los reyes*).

NUCCI, Guilherme,

Individualização da pena. RT. São Paulo, 2005 (Cit.: NUCCI, *Individualização da pena*).

OLARTE HURTADO, Aiala,

Alternativas a la cárcel en Euskadi: El trabajo en beneficio de la comunidad. Ararteko. Vitoria, 2006 (Cit.: OLARTE HURTADO, *Alternativas a la cárcel en Euskadi*).

OLIVEIRA, Edmundo,

Política criminal e alternativas à prisão. Forense. Rio de Janeiro, 2001 (Cit.: OLIVEIRA, *Política criminal e alternativas à prisão*).

ORLANDIS ROVIRA, José,

BIBLIOGRAFIA CITADA

“Las consecuencias del delito en la Alta Edad Media”, AHDE, XVIII, (1947), pp. 61 – 165.

ORTS BERENGUER, Enrique, e GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis,

Compendio de Derecho Penal, Parte General. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008 (Cit.: ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal, Parte General*).

PARES I GALES, Ramón,

“La nueva pena de trabajos en beneficio de la comunidad”, CPC 64 (1998), pp. 155 – 166.

PEASE, Ken,

“Community service orders”, em: TONRY/MORRIS (eds.) *Crime and justice: an annual review of research*, Vol. 6. Chicago University Press. Chicago, 1985, pp. 51 – 94 (Cit.: PEASE, em: TONRY/MORRIS (eds.) *Crime and justice: an annual review of research*).

PEASE, Ken, e MCWILLIAMS, W,

"A brief history of community service", em: PEASE/MCWILLIAMS (eds.), *Community service by order*. Scottish Academic Press. Edimburgo, 1980, pp. 01 – 13 (Cit.: PEASE/MCWILLIAMS, em: PEASE/MCWILLIAMS, *Community service by order*).

PEÑARANDA RAMOS, Enrique,

"Trabajo en beneficio de la comunidad", EPB (2002), pp. 1209 – 1216.

PIERANGELI, José Henrique,

Das penas e sua execução no novo Código Penal. Escritos Jurídicos penais. 3ª ed. RT. São Paulo, 2006 (Cit.: PIERANGELI, *Das penas e sua execução no novo Código Penal*).

PIKE, Ruth,

Penal servitude in early modern Spain. The University of Wisconsin Press. Madison, 1983 (Cit.: PIKE, *Penal servitude in early modern Spain*).

BIBLIOGRAFIA CITADA

PIMENTA, Vladia Leila Pesce,

Da pena de prisão às alternativas. Disponível em: www.suigeneris.pro.dir/direito_dp_25htm. Acesso em: 17.02.2008.

PINA MASSACHS, Jordi, e NAVARRO MASSIP, Jorge,

Alternativas a la prisión. El arresto de fin de semana, la multa y el trabajo en beneficio de la comunidad. Una visión práctica. Ed. Libros de IURE. Barcelona, 2000 (Cit.: PINA MASSACHS/ NAVARRO MASSIP, *Alternativas a la prisión*).

POZA CISNEROS, Maria,

“Formas substitutivas de las penas privativas de libertad”, em: POZA CISNEROS (coord.), *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*. CGPJ. Madrid, 1996 (Cit.: POZA CISNEROS, em: POZA CISNEROS (coord.) *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*).

POZUELO PÉREZ, Laura,

“La pena de trabajo en beneficio de la comunidad”, ICADE (1997), pp. 333 – 339.

Las penas privativas de derechos en el Código penal. Colex. Madrid, 1998 (POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos en el Código penal*).

PRADO, Luiz Régis,

Curso de Direito Pena brasileiro, Parte Geral. RT. São Paulo, 2004 (Cit.: PRADO, *Curso de Direito Penal brasileiro*).

PRAT WESTERLINDH, Carlos,

Alternativas a la prisión. Dykinson. Madrid, 2004 (Cit.: PRAT WESTERLINDH, *Alternativas a la prisión*).

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo,

BIBLIOGRAFIA CITADA

Derecho Penal, Parte General. Gráficas Signo. Barcelona, 1986 (Cit.: QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal, Parte General*).

“La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena”, em: *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, 1989 (Cit.: QUINTERO OLIVARES, em: *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*).

RASLAN, Alexandre Lima,

“A prestação de Desserviços à comunidade nos delitos ambientais”, RBCC 50 (2004), pp. 297 – 310.

REALE JÚNIOR, Miguel,

Penas restritivas. Forense. Rio de Janeiro, 1981 (Cit.: REALE JÚNIOR, *Penas restritivas*).

Instituições de Direito Penal, Parte Geral. Forense. Rio de Janeiro, 2004 (Cit.: REALE JÚNIOR, *Instituições de Direito Penal*).

REDONDO ILLESCAS, Santiago,

Desviación, delincuencia y control social. Apéndice de bibliografías temáticas. Barcelona, 1998 (Cit.: REDONDO ILLESCAS, *Desviación, delincuencia y control social*).

REIG REIG, José Vicente,

Estudio sobre la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Dijusa. Madrid, 2004 (Cit.: REIG REIG, *Estudio sobre la Ley Orgánica 15/2003*).

RIBEIRO, Mauricio Antonio Lopes,

Lei dos juizados especiais cíveis e penas anotada. RT. São Paulo, 1995 (Cit.: RIBEIRO, *Lei dos juizados cíveis e penais anotada*).

RILOVA PÉREZ, Isaac,

“Aproximación histórica al estudio del trabajo penitenciario en España”, REP 248 (2000), pp. 167 – 182.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ROBALDO, José Carlos de Oliveira,

Penas e medidas alternativas. Juarez de Oliveira editora. São Paulo, 2007 (Cit.: ROBALDO, *Penas e medidas alternativas*).

RODRIGUEZ PANIAGUA, José Maria,

Historia del pensamiento jurídico. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1984 (Cit.: RODRIGUEZ PANIAGUA, *Historia del pensamiento jurídico*).

RODRIGUEZ RAMOS, LUIS,

“La pena de galeras em España moderna”, ADPCP (1978), pp. 259 – 276.

ROIG TORRES, Margarita,

La reparación del daño causado por el delito. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000 (Cit.: ROI TORRES, *La reparación del daño causado por el delito*).

“Algunas reflexiones sobre la llamada expansión del Derecho punitivo. Una alusión a las últimas reformas del Código penal”, RdPP 11 (2004).

ROLDÁN BARBERO, Horacio,

El dinero, objeto fundamental de la sanción penal. Un estudio histórico de la moderna pena de multa. Akal. Madrid, 1982 (Cit.: ROLDÁN BARBERO, *El dinero*).

Historia de la prisión en España. Publicaciones del Instituto de criminología. Barcelona, 1988 (Cit.: ROLDÁN BARBERO, *Historia de la prisión en España*).

“La mediación penal”, RP (2003).

ROTHMAN, David,

The Discovery of the Asylum. Social order and disorder in the new Republic. Little Brow & Co. Boston, 1971 (Cit.: ROTHMAN, *The discovery of the Asylum*).

ROXIN, Claus,

BIBLIOGRAFIA CITADA

“Sentidos y límites de la pena estatal”, em: *Problemas básicos del Derecho Penal*. Trad. Luzón Peña. Reus. Madrid, 1976 (Cit.: ROXIN, em: *Problemas básicos del Derecho penal*).

“El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo”, DP (1979).

“La determinación de la pena a la luz de las teorías de los fines de la pena”, em: *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Trad. Muñoz Conde. Reus. Madrid, 1981 (Cit.: ROXIN, em: *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*).

“La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, em: *Jornadas sobre el Derecho Penal en Alemania*, CGPJ. Madrid, 1999 (Cit.: ROXIN, em: *Jornadas sobre el Derecho Penal en Alemania*).

Estudos de Direito penal. Trad. Luis Greco. Renovar. Rio de Janeiro, 2006 (Cit.: ROXIN, *Estudos de Direito Penal*).

RUSCHE, Georg, e KIRCHHEIMER, Otto,

Pena y estructura social. Temis. Bogotá, 1984 (RUSCHE/KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social*).

RUTHERFORD, Andrew,

“Time for another big idea?”, em: WHITFIELD/SCOTT (eds.), *Paying back: twenty years of community service*. Waterside Press. Winchester, 1993, pp. 150 – 154 (Cit.: RUTHERFORD, em: WHITFIELD/SCOTT (eds.), *Paying back: Twenty years of community service*).

SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel,

“El sistema de penas”, La Ley 4010 (1996), pp. 1499 – 1516.

SANT`ANNA, Marilene Antunes,

“Trabalho e conflito na casa de correção do Rio de Janeiro”, em: MAIA *et al*, *História das prisões no Brasil*, Vol. I. Rio de Janeiro, 2009, pp. 283 – 314 (Cit.: SANT`ANNA, em: MAIA *et al*, *História das prisões no Brasil*).

SANTIAGO NINO, Carlos,

BIBLIOGRAFIA CITADA

Introducción al análisis del Derecho. 9ª ed. Ariel. Barcelona, 1999 (SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del Derecho*).

SANTOS, Juarez Cirino dos,

Direito Penal: A nova parte geral. Forense. Rio de Janeiro, 1985 (Cit.: SANTOS, *Direito Penal*).

SANZ DELGADO, Enrique,

El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX. Edisofer. Madrid, 2003. (Cit.: SANZ DELGADO, *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*).

SANZ MULAS, Nieves,

“Penas alternativas a la prisión”, em: DIEGO DIÁZ/SÁNCHEZ LÓPEZ (eds.) *Hacia un derecho penal sin fronteras*. Colex. Madrid, 2002, pp. 89 – 109 (Cit.: SANZ MULAS, em: DIEGO DIÁZ/SÁNCHEZ LÓPEZ (eds.), *Hacia un derecho penal sin fronteras*).

Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana. Colex. Madrid, 2000 (Cit.: SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*).

SAUER, Gulhermo,

Derecho penal. Trad. Juan del Rosa y Cerezo Mir. Bosch. Barcelona, 1956 (SAUER, *Derecho penal*).

SELLIN, T,

“Reflexiones sobre el trabajo forzado”, REP 174 (1966), pp. 505 – 519.

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio,

Las penas en el nuevo Código penal. Comares. Granada, 1996 (Cit.: SERRANO BUTRAGUEÑO, *Las penas en el nuevo Código penal*).

BIBLIOGRAFIA CITADA

SERRANO GÓMEZ, Alfonso, e SERRANO MAILLO, Alfonso,

Derecho Penal, Parte Especial. 12ª ed. Dykinson. Madrid, 2007 (Cit.: SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAILLO, *Derecho Penal, Parte Especial*).

SERRANO PASCUAL, Mariano,

Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español. Trivium. Madrid, 1999 (Cit.: SERRANO PASCUAL, *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria,

A expansão do Direito penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio Rocha. RT. São Paulo, 2002 (Cit.: SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do Direito penal*).

Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Bosch. Barcelona, 1992 (Cit.: SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*).

“Del derecho abstracto al derecho “real””, InDret 4 (2006), 377 (www.indret.com), pp. 01 – 06.

SOLLER ARREBOLA, José Antonio,

“El tardío desarrollo reglamentario laboral de la relación especial de los internos en prisiones”, RATBS 63 (2002).

SUÁREZ – MIRA RODRIGUEZ, Carlos,

Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Tomo III. Thompson Civitas. Pamplona, 2008 (Cit.: SUÁREZ – MIRA RODRIGUEZ, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III*).

SZNICK, Valdir,

Penas alternativas: Perda de bens, prestação de serviços à comunidade, fim de semana, interdição de direitos. Leud. São Paulo, 2000 (Cit.: SZNICK, *Penas alternativas*).

TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA,

BIBLIOGRAFIA CITADA

La reparación a la víctima en el derecho penal. Fotoletra. Barcelona, 1993 (Cit.: TAMARIT SUMALLA, *La reparación a la víctima en el derecho penal*).

"Art. 49", em: QUINTERO OLIVARES (dir.) *Comentarios al nuevo Código Penal*. Elcano: Aranzadi, 1996, pp. 358 – 362 (Cit.: TAMARIT SUMALLA, em: QUINTEROS OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*).

"La introducción de la reparación del daño en la ejecución", em: GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA (eds.), *La reforma de la ejecución penal*, 2004 (Cit.: TAMARIT SUMALLA, em: GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA (eds.), *La reforma de la ejecución penal*).

"Art. 379", em: QUINTEROS OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2004. (Cit.: TAMARIT SUMALLA, em: QUINTEROS OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*).

"Art. 153", em: QUINTEROS OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Aranzadi. Pamplona, 2009 (Cit.: TAMARIT SUMALLA, em: QUINTEROS OLIVARES (dir.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*).

TAK, Peter,

"Sentencing and punishment in the Netherlands", em: TONRY/FRASE (eds.) *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. Oxford, 2001, pp. 151 – 187 (Cit.: TAK, em: TONRY/FRASE (eds.), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*).

TEIXEIRA, Alessandra, e MATSUDA, Emy,

"Penas alternativas x prisão: A construção de um novo paradigma?", RBCC 69 (2007), pp. 279 – 327.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel,

Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad. Edisofer. Madrid, 1998 (Cit.: TÉLLEZ AGUILERA, *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones*).

"La reforma del Código penal y sus implicaciones penológicas", La Ley Penal 01 (2004).

Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión. Edisofer. Madrid, 2005 (Cit.: TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*).

"Las alternativas a la prisión en el derecho español (Una visión panorámica para matar la mala hierba de la inseguridad jurídica)", La Ley Penal 21 (2005), pp. 05 – 25.

BIBLIOGRAFIA CITADA

THOMPSON, Augusto,

A questão penitenciária. Forense. Rio de Janeiro, 2002 (Cit.: THOMPSON, *A questão penitenciária*).

TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio,

Sobre el concepto de derecho penal. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1981 (Cit.: TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto de derecho penal*).

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco,

El derecho penal de la monarquía absoluta. 2ª ed. Madrid, 1992 (Cit.: TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta*).

TONRY, Michael, e HAMILTON, Kate ,

Intermediate sanctions in overcrowded times. Northeastern University Press. Boston, 1995 (Cit.: TONRY/HAMILTON, *Intermediate sanctions in overcrowded times*).

TORRES ROSELL, Núria,

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad: Reformas legales y problemas de aplicación. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006 (Cit.: TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*).

VAELLO ESQUERDO, Esperanza,

“El sistema de penas”, em: ROSAL BLASCO (ed.) *Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997, pp. 15 – 40 (Cit.: VAELLO ESQUERDO, em: ROSAL BLASCO (ed.), *Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995*).

VALLDECABRES ORTIZ, Isabel,

“Artículo 49”, em: VIVES ANTÓN (ed.), *Comentarios al Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996, pp. 337 – 339 (Cit.: VALLDECABRES ORTIZ, em: VIVES ANTÓN (ed.), *Comentarios al Código Penal de 1995*).

BIBLIOGRAFIA CITADA

VALMAÑA OCHAÍTA, Silvia,

Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho Penal español. Ministerio de Justicia. Centros de publicaciones. Madrid, 1990 (Cit.: VALMAÑA OCHAÍTA, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho Penal español*).

VAN SWAANINGEN, René, e DE JONGE, Gerard,

"The Dutch prison system and penal policy in the 1990s : from humanitarian paternalism to penal business management ", em : RUGGIERO/SIM (eds.), *European Penal Systems : A critical Anatomy* (Cit. : VAN SWAANINGEN/DE JONGE, em : RUGGIERO/SIM (eds.), *European Penal Systems : A critical Anatomy*).

VARGAS CABRERA, BARTOLOME,

"El delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas del art. 379 ", em : VICENTE MARTINEZ (dir.), *Derecho penal y seguridad vial*, CGPJ 114 (2007) (Cit. : VARGAS CABRERA, em : VICENTE MARTINEZ (dir.), *Derecho penal y seguridad vial*).

VARONA GOMEZ, Diego,

"La reforma de las penas no privativas de libertad (LO 15/2003) ¿Un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión?", REIC (2004).

VARONA MARTÍNEZ, Gema,

La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica. Comares. Granada, 1998 (Cit.: VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora como estrategia de control social*).

VASS, Antony,

Sentenced to labour: close encounters with a prison substitute. Venus Academica, St. Ives, 1984 (Cit.: VASS, *Sentenced to labour*).

WACQUANT, Loïc,

BIBLIOGRAFIA CITADA

As prisões da miséria. Editora Zahar. Rio de Janeiro, 1999 (Cit. : WACQUANT, *As prisões da miséria*).

WALGRAVE, Lode,

La justice restaurative, 1999 (Cit.: WALGRAVE, *La justice restaurative*).

WASIK, Martin, e VON HIRSCH, Andrew,

“Non custodial penalties and the principle of proportionality”, em: *Principled Sentencing*. Oxford, 1998 (Cit. : WASIK/VON HIRSCH, em : *Principled Sentencing*).

WEIGEND, Thomas,

“Sentencing and punishment in Germany”, em: TONRY/FRASE (eds.), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. Oxford, 2001, pp. 188 – 221 (Cit.: WEIGEND, em: TONRY/FRASE (eds.), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*).

WELZEL, Hans,

Derecho Penal, Parte General. Trad. Carlos Fontán Balestra. Depalma Editor. Buenos Aires, 1956 (Cit.: WELZEL, *Derecho Penal, Parte General*).

WORRAL, Anne,

Punishment in the community: the future of criminal justice. Longman. Londres, 1997 (Cit.: WORRAL, *Punishment in the community*).

YOUNG, Jock,

A sociedade excludente: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recenté. Trad. Renato Aguiar. Revan. Rio de Janeiro, 2002 (Cit.: YOUNG, *A sociedade excludente*).

YOUNG, Warren,

BIBLIOGRAFIA CITADA

Community service orders. The development and use of a new penal measure. Heinemann. London, 1979 (Cit.: YOUNG, *Community service orders*).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl,

Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Revan. Rio de Janeiro, 1991 (Cit.: ZAFFARONI, *Em busca das penas perdidas*).